

Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia

**EL ESTADO DE NECESIDAD: CONSECUENCIAS
JURIDÍCAS EN LA COMPENSACIÓN**

Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional
Consuetudinario y el Derecho Internacional de las Inversiones

Santiago Garcés J.

Tesina presentada como requisito para la obtención del título de abogado

Director: Dr. Juan Manuel Marchán

Quito, Abril de 2011

© **Derechos de Autor**

Santiago Alejandro Garcés Jaramillo

*A mi hermano David, por apoyarme
siempre y enseñarme, con su
ejemplo, en qué consiste el derecho.*

*A mis padres, por su confianza constante y
ayuda en todo momento.*

Agradezco a mi director, el Dr. Juan Manuel Marchán por su apoyo y tiempo dedicado durante el transcurso de este trabajo.

También quiero expresar mi gratitud a todos aquellos involucrados en los concursos; desde quienes nos prepararon, enseñaron y apoyaron hasta quienes fueron conmigo a conocer cuánto valen estas experiencias.

Resumen

Cuando un Estado se enfrenta a situaciones excepcionales que amenazan a un grupo particular de sus intereses más importantes, es posible que se genere una grave tensión entre el deber de cumplir con sus obligaciones internacionales y la capacidad de tomar las medidas necesarias para manejar una crisis. La doctrina de necesidad opera dentro de este marco en particular por medio del estado de necesidad hallado en el derecho internacional consuetudinario y las *Non-Precluded Measures* contenidas en los tratados bilaterales de inversiones. De este modo, se analizan dos visiones particulares sobre las obligaciones y responsabilidad del Estado. El trabajo parte desde la óptica del derecho internacional consuetudinario, atraviesa el derecho internacional de las inversiones y finalmente considera la interacción de las dos visiones. Dispuesto como una guía y mediante un enfoque sistemático, este trabajo señala las consecuencias jurídicas que posee el invocar estas dos figuras; particularmente, en cuanto a la forma en que inciden en la posibilidad y extensión de la compensación.

Abstract

When States are faced with exceptional circumstances that threaten a certain group of their most important interests, a serious tension may arise between their duty to fulfill their international obligations and their ability to cope with their crisis by taking the necessary measures. The necessity doctrine operates within this particular framework through the state of necessity found in customary international law and *Non-Precluded Measures* under bilateral investment treaties. In this manner, this paper addresses two particular perspectives on obligations and State responsibility. The article provides an initial focus on customary international law, then, it proceeds to review the investment treaty regime and finally, it approaches the interaction between both of these fields. This paper should be used as a guide, which, by means of a systematic approach, pinpoints the consequences of invoking the two aforementioned figures; specifically, the effects provided by international law on the question of the possibility and extent of compensation.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. EL ESTADO DE NECESIDAD	5
1.1. NOCIONES GENERALES	5
1.2. UBICACIÓN DE LA FIGURA EN EL DERECHO INTERNACIONAL	6
1.3. CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD	8
1.3.1. EL ELEMENTO A EXCLUIRSE	9
1.3.2. EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD MEDIANTE LA OPERACIÓN DE UNA REGLA PRIMARIA	11
1.3.3. DISTINCIONES DE LAS CIRCUNSTANCIAS CON OTROS ARGUMENTOS	12
1.3.4. JUSTIFICACIONES Y EXCUSAS	15
1.4. ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD	17
1.4.1. EVOLUCIÓN DE LA CODIFICACIÓN	17
1.4.2. LOS REQUISITOS AFIRMATIVOS	21
1.4.2.1. Interés Esencial del Estado que Invoca Necesidad	22
1.4.2.2. Peligro Grave e Inminente	26
1.4.2.3. Único Modo (exclusión de otros medios)	28
1.4.2.4. Afectación Grave a otros intereses esenciales	31
1.4.3. LOS LÍMITES DE LA DEFENSA	33
1.4.3.1. La Obligación Internacional en cuestión excluye la necesidad	33
1.4.3.2. El Estado ha Contribuido a la Situación de necesidad	34
1.4.4. OTRAS CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO DE NECESIDAD	36
1.5. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	37
2. LA DOCTRINA DE NECESIDAD EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES	38
2.1. NOCIONES GENERALES	38
2.2. DESARROLLO DE LAS NON-PRECLUDED MEASURES	39
2.3. DIFERENCIAS ENTRE LAS <i>NON-PRECLUDED MEASURES</i> Y LAS DEFENSAS PROVENIENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO	41
2.3.1. CONTENIDO SUSTANTIVO	42
2.3.2. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA	43
2.3.3. FUENTE DE AUTORIDAD LEGAL	43
2.3.4. RANGO DE APLICACIÓN DE LAS <i>NPM</i> Y NECESIDAD	44
2.4. ANATOMÍA DE LAS <i>NPM</i> Y SU INTERPRETACIÓN	44
2.4.1. EL REQUISITO DEL NEXO	46
2.4.2. RANGO DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA	50
2.4.3. OBJETIVOS ADMISIBLES BAJO EL TRATADO	51
2.4.4. SEGURIDAD	52
2.4.5. ORDEN PÚBLICO	55
2.4.6. PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONALES	56
2.4.7. OTROS OBJETIVOS PERMITIDOS	57
2.5. REVISIÓN POSTERIOR DE LAS CLÁUSULAS <i>NPM</i>	57
2.5.1. CLÁUSULAS NO-DISCRECIONALES	58
2.5.2. CLÁUSULAS DISCRECIONALES	60
2.6. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	62
3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INVOCACIÓN DE LA DOCTRINA DE NECESIDAD EN LA COMPENSACIÓN	63

3.1. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE INVOCAR EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL EN GENERAL – LÍMITES EXTERNOS A LA COMPENSACIÓN	63
3.1.1. TEMPORALIDAD	64
3.1.2. CARGA DE LA PRUEBA	67
3.1.3. PÉRDIDA DEL DERECHO A INVOCAR RESPONSABILIDAD	69
3.2. COMPENSACIÓN BAJO EL ART. 27	70
3.2.1. RÉGIMEN DE COMPENSACIÓN ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 27	72
3.2.2. FACTORES PARA DETERMINAR LA COMPENSACIÓN	75
3.2.2.1. El uso del Término “Compensación”	75
3.2.2.2. Acuerdo entre las Partes	76
3.2.2.3. Tercer Estado Inocente	77
3.2.3. LA DISTINCIÓN ENTRE JUSTIFICACIÓN Y EXCUSA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA COMPENSACIÓN	78
3.2.3.1. El Estado de Necesidad como Justificación	78
3.2.3.2. El Estado de Necesidad como Excusa	84
3.3. INTERACCIÓN ENTRE LA DOCTRINA DE NECESIDAD CONTENIDA EN LAS NPM DE LOS TBIS Y EL ESTADO DE NECESIDAD – LA EXPERIENCIA DE ARGENTINA	88
3.3.1. EL MÉTODO DE CONFLUENCIA	90
3.3.2. LA NECESIDAD COMO REGLA PRIMARIA	92
3.3.3. LAS NPM COMO REGLAS PRIMARIAS Y NECESIDAD COMO REGLA SECUNDARIA (TWO-STEP APPROACH)	93
3.3.4. CONSIDERACIONES SOBRE OTROS CASOS	95
3.4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN LA COMPENSACIÓN EN BASE AL ESQUEMA “TWO-STEP”	95
3.4.1. LICITUD - CONSECUENCIAS JURÍDICAS SI NO EXISTE VIOLACIÓN DEL TBI	95
3.4.1.1. Ninguna Compensación	96
3.4.1.2. Consideraciones sobre el rango de la licitud	98
3.4.1.3. ¿Compensación Bajo el Derecho Consuetudinario?	101
3.4.2. ILICITUD - CONSECUENCIAS JURÍDICAS SI EXISTE UNA VIOLACIÓN DEL TBI	101
3.4.2.1. Invocación fallida del estado de necesidad	102
3.4.2.2. Invocación exitosa del estado de necesidad	103
3.5. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	109
CONCLUSIONES	111
BIBLIOGRAFÍA	114

INTRODUCCIÓN

“La necesidad no conoce ley alguna” (*Necessity knows no law*). Este fue el razonamiento utilizado por Alemania para lanzar su empresa en la Primera Guerra Mundial y se trata, sin duda, de una declaración notable.¹ Sin embargo, incluso ante la notoriedad, fuerza y la trascendencia del adagio, su timbre debe resultar ajeno a cualquier persona familiarizada con el derecho internacional actual.

La doctrina de la necesidad posee un desarrollo extenso, a tal punto que el derecho internacional ha derogado el adagio e impuesto su propias consideraciones para que se implemente; esto es, “the law of necessity” (el derecho de la necesidad). El avance constante y la diferenciación del derecho internacional han resultado en que la doctrina se distribuya hacia todas las ramas de éste. En cada una de ellas, la necesidad es y opera de manera distinta. De esta forma, no resulta igual el platicar de necesidad militar bajo el Derecho Internacional Humanitario que establecer la necesidad de una medida bajo los parámetros de los Derechos Humanos.

Dos ramas particulares del derecho internacional convergen sobre una visión específica de la doctrina de necesidad. Esta idea, arraigada profundamente en el pensamiento jurídico, reconoce la existencia de circunstancias de tal urgencia para el Estado que le permiten comportarse de un modo no acorde a sus obligaciones internacionales. Las ramas del derecho que han tenido que lidiar con este enfoque son el Derecho Internacional de las Inversiones y el Derecho Internacional Consuetudinario; concretamente, en cuanto a los principios que gobiernan la responsabilidad internacional.

En el derecho internacional en general, la doctrina de necesidad posee raíces muy profundas en la responsabilidad de los Estados. Este régimen maneja las circunstancias derivadas del incumplimiento de una obligación; es decir, establece como puede determinarse la existencia de la responsabilidad y las consecuencias jurídicas derivadas de la misma. En muchas ocasiones, las consecuencias resultan en que el Estado deberá responder por sus actos mediante el remedio de la compensación.

El contexto del Estado-inversionista también ha generado muchas contribuciones a la doctrina dentro del área particular de la responsabilidad. Una de las características

¹ Barbara Wertheim Tuchman, *The Guns of August* (Random House Digital, Inc., 2004), 152.

que se deriva del proceso de globalización es el incremento de flujos de capital provenientes del extranjero. El incremento de este flujo, combinado con la diversidad de ambientes regulatorios hallados dentro los Estados que son huéspedes a estas inversiones ha generado una variedad de disputas entre aquellos Estados y los inversionistas extranjeros.² El sistema se estableció para un funcionamiento de beneficio doble. El Estado anfitrión se favorece del influjo de capital y de la certeza que otorga el comprometerse a un trato específico ante la comunidad financiera internacional. Al inversionista, por su parte, se le ha asegurado una serie de protecciones y libertades bajo la rúbrica de acuerdos tales como los Tratados Bilaterales de Inversiones. Esto supone minimizar el riesgo en sus actividades mientras se mantienen atractivas las oportunidades en los países anfitriones.

Lastimosamente, el sistema presencia muchas veces una colisión entre los intereses de estos dos actores. Por un lado, el Estado debe tener la libertad de tomar las medidas necesarias para regular su vida en varios aspectos; ya sea el social, económico político u otras a áreas de su gestión. En cambio, los inversionistas están interesados en poder continuar con sus actividades de acuerdo a las garantías provistas por los Estados en base a los acuerdos ratificados. Cuando los inversionistas estiman que los actos del Estado han violentando estas garantías, la práctica demuestra el uso constante de un recurso previsto dentro los tratados de esta índole; un procedimiento de arbitraje internacional.

Las sumas que se suscitan a razón de los reclamos son significantes tanto para los Estados como para los intereses financieros de los reclamantes. En general, si un Estado rompe con sus compromisos, éste deberá responder de una manera tal que se permita al inversionista recuperarse de los actos nocivos que han afectado a su actividad. Por este motivo, dentro de las disputas surgidas en el contexto Estado-inversionista, los demandantes “solicitan invariablemente a la compensación como remedio primario”.³

Así como el derecho internacional en estas dos ramas permite que el Estado responda por los daños ocasionados; los mismos que se ven reflejados en la compensación debida, también reconoce la existencia de circunstancias de tal urgencia que le permitan comportarse de otro modo. La doctrina de necesidad establece entonces

² Sergey Ripinsky y Kevin Williams, *Damages in International Investment Law* (Camberley: British Institute of International and Comparative Law, 2008), xxxiii.

³ Ibid., xxxiv.

los parámetros bajo los cuales el Estado podrá actuar sin que sus actos tengan la misma incidencia en su responsabilidad que si son determinados como un ilícito.

Actualmente, no se produce un problema en aceptar que un Estado puede descansar su defensa sobre la doctrina de necesidad si los requisitos de la doctrina en particular son cumplidos. Aquello que ha generado dudas es la incidencia que tiene la doctrina sobre la posibilidad o la extensión de la compensación en casos donde la doctrina es aceptada. Estas dudas han sido recogidas tanto en el derecho internacional en general como en las decisiones de los tribunales de inversiones a razón de la crisis que Argentina experimentó hace ya una década. La convergencia de las dos ramas ha concebido interesantes dudas y propuestas en relación a la doctrina de necesidad y la compensación.

El producto de un análisis en este esquema es de gran importancia ya que permite establecer el margen de actuación que posee un Estado frente a una crisis. Esto incluye tanto la magnitud de las medidas que tiene a su disposición como su caracterización bajo el derecho internacional. Este espacio de movilidad no se trata de aquella necesidad que desconoce a derecho; que no conoce ley alguna. Por el contrario, se trata de espacio muy reducido con reglas particulares y estrictas. Entre estas reglas, la actuación del Estado deberá incidir de una u otra manera en la compensación. Esto permite al Estado conocer el curso de acción más adecuado bajo una crisis y las consecuencias al actuar de forma distinta. El siguiente trabajo plantea entonces las consecuencias jurídicas que posee la doctrina de la necesidad en la compensación dentro de las dos ramas enunciadas.

Metodología del Trabajo

El trabajo a continuación lidiará con los problemas planteados por la pregunta mediante la interacción de las dos ramas mencionadas. En primer lugar se analiza la invocación de necesidad bajo el derecho consuetudinario de manera independiente, por supuesto, tomando en cuenta las contribuciones de los tribunales internacionales a la interpretación de la doctrina. El segundo capítulo estudia la incorporación de la doctrina de necesidad dentro del régimen de las inversiones internacionales por medio de las cláusulas denominadas “*Non-Precluded Measures*”. Finalmente, el tercer capítulo

establece las consecuencias jurídicas en la compensación mediante la interacción de los dos regímenes mencionados.

El propósito del trabajo es aclarar en qué modo deben interactuar los esquemas y como esta interacción incide en la posibilidad y extensión de la compensación. Por lo tanto, no propone medios de cálculo ni fórmulas; sino estándares de valoración para un tribunal que se halle enfrentado a la pregunta. Si bien no se tratará específicamente de la incidencia numérica en la compensación, los estándares y esquemas propuestos sí afectan al *quantum* en cuanto se tome uno u otro enfoque.

1. El Estado de Necesidad

1.1. Nociones Generales

En el derecho internacional, todos los actores jurídicos se ven cada día rodeados de un andamiaje jurídico de notoria complejidad. Esta red jurídica se ve presente en todas sus relaciones internacionales puliendo, limitando y permitiendo diversos cursos de acción para los Estados. La realidad de estas relaciones no resulta ni un secreto ni una sorpresa para nosotros. Cada uno de estos actores vela por sus propios intereses y necesidades constantemente. En el caso de los Estados, esta realidad es más dramática y llega constituirse en una obligación para con sus ciudadanos y con la comunidad internacional.

Los Estados asumen constantemente obligaciones internacionales con otros actores internacionales. Dentro de esta dinámica cambiante puede provocarse una situación en la cual el Estado no puede cumplir con aquello que ha prometido. En este sentido, “existe una tensión inexorable, [...] entre asumir una obligación, por un lado, y excusarse de acatarla, por otro. Aún así, no es controvertido el hecho de que en ciertas circunstancias un Estado puede estar excusado de cumplir con sus obligaciones”.⁴

Es en el marco de esta tensión constante donde surge la doctrina de necesidad. Los Estados son actores muy complejos en comparación con los sujetos privados y el derecho internacional no es ajeno a esta circunstancia. Por este motivo, y en términos generales, la disciplina del derecho internacional ha desarrollado no solamente un régimen primario de obligaciones sino también un régimen secundario relativo a las consecuencias al incumplirlas. Este régimen lidia con aquellas consecuencias que surgen cuando un Estado no actúa conforme a sus obligaciones internacionales y por tal, incurre en responsabilidad internacional. La doctrina de necesidad funciona entonces como una balanza entre los intereses del Estado que ha incumplido con sus compromisos y los intereses de los otros actores de la comunidad jurídica internacional. A continuación, se realizará un análisis de la evolución, codificación y extensión de la doctrina de necesidad, culminando con su expresión actual en el derecho internacional consuetudinario.

⁴ Andrea K. Bjorklund, “Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure,” *The Oxford Handbook of International Investment Law* (New York: Oxford University Press, 2008), 461.

1.2. Ubicación de la Figura en el Derecho Internacional

El estado de necesidad no es una figura que se ve recogida de manera expresa por un instrumento internacional como es el caso de las disposiciones halladas en la Convención de Viena sobre el Derecho los Tratados (CVDT), normas relativas a los conflictos armados o disposiciones de derechos humanos recogidas en varios tratados internacionales. En razón de esto, su ubicación está primariamente en el derecho internacional consuetudinario. Este hecho no le resta importancia o validez ya que “muchas de las normas de carácter universal contenidas en los tratados son precisamente costumbres que han sido codificadas o recogidas en estos”.⁵ Este no ha sido aún el caso del estado de necesidad y en consecuencia, el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) se ha convertido en una herramienta fundamental para la organización sistemática de esta rama del derecho.

La CDI adoptó en el 2001 la versión final del texto para el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.⁶ Este trabajo, de más de 40 años, no es *per se* vinculante para ningún Estado en particular pero el contenido de los artículos ha sido reconocido ampliamente en los sectores relevantes. De modo general, los Estados, tribunales internacionales, doctrinarios y practicantes del derecho internacional reconocen la validez de estos artículos como “not a formal source of law, but a statement of principles of the law of State responsibility [...]”.⁷ De este modo, el proyecto como tal no es necesariamente vinculante pero su uso se traduce en un reflejo adecuado del derecho internacional consuetudinario actual.

El contenido de los artículos simboliza el trabajo de varias décadas en el tema de la responsabilidad internacional de los Estados. Debido a que esta idea es una empresa monumental, el trabajo de codificación tuvo que centrarse en temas propuestos y aceptados en las sesiones anuales. De acuerdo al comentario de la CDI, para el tema de responsabilidad se tiene que:

⁵ Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho Internacional Público*, Quinta Edición. (Bogotá: Temis, 2002), 87.

⁶ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts” (Naciones Unidas, 2001).

⁷ Ripinsky y Williams, *Damages in International Investment Law*, 27.

The emphasis is on the secondary rules of State responsibility: that is to say, the general conditions under international law for the State to be considered responsible for wrongful actions or omissions, and the legal consequences which flow there- from. The articles do not attempt to define the content of the international obligations, the breach of which gives rise to responsibility.⁸

La tarea de la CDI entonces se vuelve muy concreta ya que no pretende codificar todas las reglas existentes de otra índole (por ejemplo, aquellas relativas al Derecho de los Tratados). De acuerdo al relator especial sobre el tema de responsabilidad, Roberto Ago, “it is one thing to define a rule and the content of the obligation it imposes, and another to determine whether that obligation has been violated and what should be the consequences of the violation”.⁹

Los artículos del proyecto se dividen en cuatro partes de las cuales las primeras dos secciones son pertinentes para el tema de compensación a inversionistas extranjeros. La primera parte se concentra en definir el hecho internacionalmente ilícito a ser cometido por un Estado. Esta sección también establece las reglas sobre la atribución de la conducta ilícita al Estado que la cometió y realiza un listado de las circunstancias que excluyen la ilicitud.¹⁰ Dentro de este último Capítulo, correspondiente al numeral V, se encuentra ubicado el estado de necesidad como una de las circunstancias que excluyen la ilicitud de un acto no acorde a una obligación internacional.

Respecto de la ubicación del estado de necesidad en el ámbito jurídico, podría argumentarse que se trata de una excepción contenida dentro de un régimen especial. Esto se debe a que las reglas sobre la responsabilidad procuran establecer consecuencias a una situación particular, es decir, una conducta no conforme a una obligación internacional (régimen especial). De este modo, las reglas contenidas en el Capítulo V son incluso excepcionales en relación al contenido general de responsabilidad pues prevén circunstancias en las cuales la ilicitud del acto en cuestión se ve excluida (excepción dentro del régimen especial).

⁸ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 31.

⁹ International Law Commission, *Report of the International Law Commission on the work of its twenty-second session (A/8010/Rev.1)*, Mayo 4, 1970, 66(c).

¹⁰ Ripinsky y Williams, *Damages in International Investment Law*, 29.

1.3. Circunstancias que Excluyen la Ilícitud

Si bien el trabajo de la CDI ha sido extenso tanto en su rango temporal como de contenido, actualmente se cuenta con una lista de seis circunstancias que excluyen la ilicitud de un acto no conforme con una obligación internacional. El camino para llegar a esta codificación no constituyó un proceso sencillo ya que el debate sobre el contenido del Capítulo V duró varias décadas y generó muchas discusiones entre los Estados, sus representantes y los miembros de la CDI.

El relator especial para el proyecto durante el período 1998-2001, James Crawford, menciona que “[t]he statement of the general justifications or excuses for non-compliance with an international obligation is a matter of first rate importance, both for what is included and for what is excluded”.¹¹ Como resalta Crawford, la importancia inherente a estas circunstancias supuso que la tarea de formularlas y codificarlas sea una de las más extensas del proyecto. Este esfuerzo se emprendió incluso antes del mandato de la CDI, comenzando con la Conferencia de la Haya de 1930 y solamente concluyendo con tres pasos posteriores: (1) en el año 1999, con el borrador final de los artículos sobre responsabilidad; (2) en el año 2001, con su recomendación por la Asamblea General de las Naciones Unidas y; (3) en el año 2004, con su mención subsiguiente ante la Asamblea General e invitación a los Gobiernos para recibir sus comentarios.¹²

Actualmente las seis circunstancias que excluyen la ilicitud en el Cap. V del proyecto son: consentimiento, legítima defensa, contramedidas, fuerza mayor (*force majeure*), peligro extremo y necesidad. Como se mencionó, existe un consenso bastante amplio de que esta redacción refleja el estado actual del derecho internacional consuetudinario y por tanto sus disposiciones son de vital importancia para el presente trabajo. Cada una de estas circunstancias posee su desarrollo particular dentro del proyecto con sus problemas, virtudes, debates y consensos. Las figuras también poseen características que las hacen distintas unas de las otras con un desarrollo jurisprudencial propio. Aun siendo este el caso, todas pertenecen a una misma categoría general y por tanto presentan elementos comunes a todas las circunstancias.

¹¹ James Crawford, *Second report on State responsibility Addendum 2 (A/CN.4/498/Add.2)*, Abril 30, 1999, 215.

¹² *Ibid.*, 3-5.

Su principal característica es que su operación está anclada a que un Estado haya cometido un hecho internacionalmente ilícito. Así también, las circunstancias poseen un límite en común recogido en el Art. 26 del proyecto de la CDI. El límite consiste en su rango de aplicación respecto de la naturaleza de la obligación. De este modo, ninguna de las circunstancias está disponible para su invocación ante el incumplimiento de una obligación de *Jus Cogens*.¹³ Las seis figuras poseen también un efecto en común en cuanto a la obligación en cuestión. El anterior comentario general al Cap. V lo recoge cuando menciona que “[t]he ‘circumstances’ considered in this chapter of the draft have one essential feature in common: that of rendering definitively or temporarily inoperative the international obligation in respect of which a breach is alleged, in cases in which one of these circumstances is present”.¹⁴ El Comentario actual aclara aún más este tema a la luz del caso de *Gabcikovo-Nagymaros* cuando menciona que las circunstancias “do not annul or terminate the obligation; rather they provide a justification or excuse for non-performance while the circumstance in question subsists”.¹⁵

1.3.1. El Elemento a Excluirse

La función principal de las circunstancias debe ser analizada con mucho cuidado ya que presenta varios matices. El primer elemento que exhibe desconcierto es la diferencia entre un acto ilícito y su efecto natural; aquel de anclar al hecho la responsabilidad internacional del Estado.

¿Cuál es el efecto exacto que produce la operación circunstancia del Cap. V sobre la obligación en cuestión?.

De una primera lectura resulta evidente que la obligación no es anulada, ésta, sin embargo, se vuelve inoperante por medio de una justificación o excusa mientras dure la circunstancia. Este efecto sobre la obligación tiene una relación directa con el lenguaje del Cap. V y genera un debate entre cual es elemento particular que ha sido excluido

¹³ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 84.

¹⁴ International Law Commission, “Draft articles on state responsibility with commentaries thereto [Adopted by the international law commission On first reading]”, 1997, 209.

¹⁵ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 71.

para lograrlo.

Vaughan Lowe explica que existen varias formas de producir el efecto principal del Capítulo V; es decir, aquel de dejar inoperante a la obligación. En términos generales se pueden ver dos corrientes de pensamiento en relación a la forma de lograr el efecto.

La primera corriente se refiere al sistema de “exculpación” y la segunda al sistema de “excusa”. Lowe explica que el primer sistema funciona “by releasing a state from the obligation in question, so that the conduct incompatible with that obligation is not wrongful in those special circumstances”.¹⁶ Esta definición hace eco con el comentario general del Cap. V aunque genera algunos problemas en relación al comentario actual. El segundo sistema mantiene la obligación con toda su fuerza pero excusa el comportamiento no acorde a ella de acuerdo a las circunstancias especiales.¹⁷ De acuerdo a Lowe, el primer sistema es el utilizado de forma general en los artículos de la CDI.

Con el objetivo de permitir que el Estado sea librado de la obligación en cuestión (dejar inoperante), la CDI utiliza una construcción en la cual el comportamiento que en principio es ilícito se torna lícito por virtud de las circunstancias especiales. Como consecuencia, no existe ni puede existir una conducta no conforme a una obligación internacional. Este sistema genera muchas controversias en su aplicación como se verá más adelante aunque sin duda es consecuente con la visión que la CDI tiene sobre la responsabilidad internacional. De esta manera, la CDI ha decidido utilizar, como lenguaje dominante del Capítulo V, la formulación “exclusión de ilicitud del acto” (correspondiendo a exculpación) en vez la formula “exclusión de responsabilidad” (correspondiendo a excusa).

La CDI argumenta el uso de este lenguaje por medio del comentario general al Cap. V:

Throughout the drafting of the articles, the Commission has made clear its conviction that a distinction must be drawn between the idea of ‘wrongfulness’, indicating the fact that certain conduct by a State conflicts with an obligation imposed on that State by a ‘primary’ rule of international law, and the idea of ‘responsibility’, indicating the legal consequences which another (‘secondary’) rule of international law attaches to the act of the State constituted by such conduct.¹⁸

¹⁶ Vaughan Lowe, “Precluding Wrongfulness or Responsibility: A Plea for Excuses,” *SSRN eLibrary* (n.d.): 2, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=803727.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ International Law Commission, “Draft articles on state responsibility with commentaries thereto [Adopted by the international law commission On first reading],” 210.

El intentar definir circunstancias que eliminen la responsabilidad de un Estado supone no solamente incursionar dentro de las reglas secundarias sino también incluir reglas primarias de una variedad infinita. Por tanto, su codificación está fuera de la visión del proyecto de la CDI. Crawford explica que la CDI no usó el lenguaje “exclusión de responsabilidad” porque supone que existen casos en que un acto puede ser ilícito pero no acarrear responsabilidad para el Estado por cualquier motivo que permita una regla primaria u otra circunstancia.¹⁹ En cambio, si se utiliza la redacción “exclusión de ilicitud”, uno de los elementos constitutivos del hecho internacionalmente ilícito desaparece. De este modo, no puede existir responsabilidad internacional como efecto por este motivo en concreto. Esta interpretación es consecuente con el Art. 1 de la codificación cuando establece que “[e]very internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State”.²⁰ Aunque la utilización particular de este lenguaje puede ser aceptada en términos generales, la posibilidad de excluir responsabilidad (y no la ilicitud) por operación de una regla secundaria existe y por tanto será tratada dentro de los efectos que produce en particular el estado de necesidad.

1.3.2. Exclusión de Responsabilidad mediante la operación de una regla primaria

Un ejemplo de una situación que refleja las razones de la CDI para adoptar el lenguaje particular del Cap. V es la *exceptio inandimpleti non est adimpletum*. Crawford observa que la vertiente más amplia de esta excepción se encuentra dentro de las reglas primarias del derecho internacional; específicamente en el derecho relacionado con la suspensión y terminación de las obligaciones sinalagmáticas.²¹ Dentro de este campo, entonces, la *exceptio* se convierte en una circunstancia que elimina la responsabilidad de un acto pero no su ilicitud y por lo tanto se alinea al sistema de “excusa”. La máxima de *exceptio inandimpleti non est adimpletum* refleja que la condición para el cumplimiento de una parte dentro de una obligación sinalagmática es el cumplimiento de la otra parte ante aquella obligación.²² El principio es ampliamente reconocido en el derecho internacional. La Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), en el caso *Factory at Chorsow (Jurisdicción)* lo definió como:

¹⁹ Crawford, *Second report on State responsibility Addendum 2 (A/CN.4/498/Add.2)*, 221.

²⁰ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States.”

²¹ Crawford, *Second report on State responsibility Addendum 2 (A/CN.4/498/Add.2)*, 329.

²² *Ibid.*, 314.

A principle generally accepted in the jurisprudence of international arbitration, as well as by municipal courts, that one Party cannot avail himself of the fact that the other has not fulfilled some obligation or has not had recourse to some means of redress, if the former Party has, by some illegal act, prevented the latter from fulfilling the obligation in question, or from having recourse to the tribunal which would have been open, to him.²³

De la misma forma, en su Cuarto Reporte sobre el Derecho de los Tratados, Sir Gerald Fitzmaurice discutió el principio bajo el marco de las “circunstancias que justifican el incumplimiento”.²⁴ Dentro del reporte, Fitzmaurice plasmó su visión sobre el reconocimiento del principio en el derecho internacional:

[T]here is a general international law rule of reciprocity entailing that the failure of one State to perform its international obligations in a particular respect, will either entitle other States to proceed to a corresponding non-performance in relation to that State, or will at any rate disentitle that State from objecting to such corresponding non-performance.²⁵

Treitel explica que la *exceptio* genera una “posición de espera” para quién la alega. Por tanto, el Estado en cuestión no se encuentra obligado a cumplir con su carga en una obligación sinalagmática mientras dure la circunstancia.²⁶ El acto realizado por la parte que incumple es sin duda ilícito por dos motivos: (1) es claramente contrario a la obligación contraída y (2) no existe la operación de una regla *ab extra* al tratado que elimine la ilicitud del acto. La *exceptio* funciona entonces solo como una escapatoria para no cumplir con la obligación en cuestión pero el ilícito permanece. Esto en principio debería dar lugar a la responsabilidad de ambos Estados (A y B) pero en realidad, la responsabilidad se ve excluida para el Estado (B) cuya defensa descansa en la *exceptio*. En el momento de solicitar reparación, el Estado (A) (incumplidor inicial) no podrá solicitar de (B) (aquel cuya defensa es la *exceptio*) ninguna medida en relación al incumplimiento de (B) ya que su conducta, a pesar de ser ilícita, es excusable por la operación de la regla primaria contenida en la *exceptio*.

1.3.3. Distinciones de las Circunstancias con otros argumentos

El párrafo (7) del actual comentario general al Cap. V establece una diferenciación entre otros argumentos que permiten evitar finalmente el que un Estado sea sujeto a un reclamo de responsabilidad pero no excluyen la ilicitud del acto. Por medio de estos

²³ *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland) (Claim for Indemnity) (Jurisdiction)*, PCIJ, Ser. B., No. 3, 1925 31 (Permanent Court of International Justice 1927).

²⁴ Crawford, *Second report on State responsibility Addendum 2 (A/CN.4/498/Add.2)*, 320.

²⁵ Sir Gerald Fitzmaurice, *Fourth report on the Law of Treaties (A/CN.4/120)*, Marzo 17, 1959, 70.

²⁶ G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account* (Oxford University Press, USA, 1988), 310-311.

argumentos, un Estado puede evitar la responsabilidad de un acto pero su ilicitud no es excluida en ninguna medida. El comentario introduce un primer y obvio argumento sobre las circunstancias que excluyen la ilicitud. Estas circunstancias no se relacionan en modo alguno con aquellas “preguntas sobre la jurisdicción de una corte o tribunal sobre la disputa o la admisibilidad del reclamo”.²⁷ Esta primera distinción es evidente. El evitar con éxito la jurisdicción o admisibilidad de un reclamo se traduce en que la corte o tribunal no podrá analizar los meritos del mismo. De este modo, se torna imposible determinar la existencia de la responsabilidad internacional del Estado.

La segunda distinción que introduce el comentario es que la circunstancias del Cap. V deben distinguirse de aquellos elementos que son constitutivos de la obligación en cuestión. El comentario se refiere como ejemplo a “aquellos elementos que deben existir para que el ilícito surja en primer lugar y que son generalmente descritos por la obligación en sí misma”.²⁸ Ejemplos de este tipo de incorporación de la doctrina de necesidad en una obligación primaria son las cláusulas de suspensión en los tratados sobre derechos humanos. El Art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es una de estas cláusulas. Este artículo permite que en “caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado” el Estado pueda suspender la aplicación de ciertas garantías de la Convención.²⁹ En este evento, la doctrina de necesidad es un elemento constitutivo de la obligación. La actuación del Estado sería, en principio, inconforme con la obligación pero como ésta se encuentra suspendida en virtud del Art. 27, no puede ocurrir el hecho ilícito internacional.

La tercera diferencia surge en cuanto al efecto sobre la obligación en cuestión. Crawford opina que “las circunstancias del Cap. V operan más como un escudo que como una espada”.³⁰ Aunque el efecto de las circunstancias es proteger al Estado de lo que de otra manera sería una clara acusación de conducta ilícita, de ninguna manera eliminan la obligación. “La fuente subyacente de la obligación, la regla primaria, no es afectada por ellas de este modo”.³¹

La línea que desarma esta diferencia entre el efecto que producen las circunstancias

²⁷ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 72.

²⁸ Ibid.

²⁹ *Convencion Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, 1969, Artículo 27.

³⁰ Crawford, *Second report on State responsibility Addendum 2 (A/CN.4/498/Add.2)*, 224.

³¹ Ibid.

(dejar la obligación temporal o definitivamente inoperante – *non performance*) y las causas para justificar la terminación de un tratado parece desaparecer en ciertas instancias. La formulación de ambas figuras están ligadas a requisitos distintos sus áreas particulares del derecho internacional. Las causas para la terminación de un tratado o una obligación en general responden al Derecho de los Tratados (y por ende a las reglas primarias). Por el contrario, las circunstancias que permiten a un estado actuar de manera no conforme a una obligación internacional pertenecen al ámbito de la Responsabilidad Internacional del Estado (es decir, dentro del marco de las reglas secundarias).

Esta distinción principal aparece con claridad en la actualidad, sin embargo, no ha resultado así desde siempre. Fitzmaurice menciona las razones de la confusión en las figuras:

[S]ome of the grounds justifying non-performance of a particular treaty obligation are identical with some of those causing or justifying the termination of a treaty. Yet [...] the two subjects are quite distinct, if only because in the case of termination [...] the treaty ends altogether, while in the other [...] it does not in general do so, and (if a paradox is permissible) the non-performance is not only justified, but 'looks towards' a resumption of performance so soon as the factors causing and justifying the non-performance are no longer present.³²

Ambas circunstancias generan efectos diferentes desde su esfera particular en el derecho internacional y por lo tanto su aplicación debe distinguirse con mucho cuidado. En el arbitraje de *Rainbow Warrior* se analizó con amplitud la aplicación de ambas ramas de manera simultánea pero diferenciada. En el caso, Francia concedió el hecho de que:

[I]t is the Law of Treaties that makes it possible to determine the content and scope of the obligations assumed [...] but [...] it is exclusively within the framework of the Law on International Responsibility that the effects of a possible breach by France of its treaty obligations must be determined and it is within the context of the Law of Responsibility that the reasons and justificatory facts adduced by France must be assessed".³³

De esta manera, el Tribunal en el caso determinó la vigencia de las obligaciones entre Francia y Nueva Zelanda de acuerdo a las reglas primarias. Por otra parte, analizó los resultados del incumplimiento y las posibles situaciones de justificación en base a las reglas secundarias.

El análisis del arbitraje de *Rainbow Warrior* refleja una circunstancia en la que

³² Sir Gerald Fitzmaurice, *Fourth report on the Law of Treaties (A/CN.4/120)*, 41.

³³ *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair* Reports Of International Arbitral Awards Vol. XX 215, 250-251 (1990).

mismos hechos pueden verse como dos situaciones diferentes. Estas situaciones deben ser analizadas desde sus distintas esferas del derecho internacional. Crawford propone un ejemplo en el cual un conjunto de eventos pueden presentarse simultáneamente de la siguiente manera: (1) Como *fuerza mayor* de acuerdo al Art. 23 del proyecto de la CDI y (2) como imposibilidad subsiguiente de cumplimiento correspondiente al Art. 61 de la CVDT.³⁴ En este sentido, “[f]orce majeure justifies non-performance of the obligation for so long as the event exists; a case of supervening impossibility justifies the termination of the treaty (or its suspension)”.³⁵

Es evidente que ambas ramas prevén requisitos distintos para la operación de sus reglas particulares. De este modo, el ejemplo de Crawford es muy ilustrativo porque permite observar la manera en que hecho puede ser caracterizado de dos formas. Sin embargo, lo que el ejemplo no muestra con exactitud, (y no pretende hacerlo) es que los hechos deben caracterizarse de acuerdo a sus reglas subyacentes para poder constituir por un lado una circunstancia que excluya la ilicitud y por otro una justificación para la terminación (o suspensión) de un tratado.

1.3.4. Justificaciones y Excusas

Finalmente, es importante destacar una diferencia sobre la naturaleza de las circunstancias enunciadas en el Cap. V del Proyecto. Crawford presenta dos posibles categorías contenidas dentro de la rúbrica general de esta sección. En primer lugar, parece no existir duda sobre la naturaleza del consentimiento previo y la legítima defensa. Ambas figuras corresponden a las circunstancias que excluyen la ilicitud debido a que el acto en sí mismo se vuelve lícito.³⁶ Esta referencia hace eco con la opinión del Reino Unido, Irlanda del Norte y Francia cuando afirman que tanto la legítima defensa, el consentimiento y las contra-medidas se encuentran en una categoría legal distinta.³⁷

Para el Reino Unido, este grupo de circunstancias eliminan de manera evidente la

³⁴ Crawford, *Second report on State responsibility Addendum 2 (A/CN.4/498/Add.2)*, 225.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid., 228.

³⁷ International Law Commission, *State Responsibility - Comments and observations received from Governments (A/CN.4/488)* (United Nations, Marzo 25, 1998), 80.

ilicitud ya que “la conducta es, por definición, involuntaria”.³⁸ Este primer grupo es conocido como “justificaciones” y se apega de manera inequívoca al lenguaje general del Cap. V.

Dentro del sistema propuesto por Lowe, mencionado anteriormente, estas circunstancias son el ejemplo clásico de exculpación. Si no existe un elemento volitivo sobre el curso de acción a tomar, (que involucra por supuesto un acto no conforme a una obligación internacional) entonces no existe un ilícito por operación de la regla secundaria. Por el contrario, el Reino Unido anota que “it would be useful to consider whether this approach to defenses in international responsibility should operate in exactly the same manner in the context of the remaining circumstances precluding wrongfulness, i.e., distress (draft article 32) and necessity”³⁹

Crawford denomina al segundo grupo de situaciones como “excusas”.⁴⁰ Este grupo contiene a la necesidad y al peligro extremo. El grupo de las “excusas” se caracteriza por presentar una serie de opciones para el Estado que actúa de una forma no acorde a una obligación internacional. Las “excusas” de Crawford se alinean con el sistema de “excusa” propuesto por Lowe ya que el comportamiento tiene un elemento volitivo; es decir, una elección.⁴¹ Esta decisión es más cercana a la ilicitud ya que existe una violación voluntaria aunque el acto está excusado por las circunstancias especiales. Esta distinción parece arbitraria e inconsecuente para el balance final del proyecto de la CDI, sin embargo, sus raíces presentan problemas jurídicos muy variados a tal punto que la comisión decidió utilizar una redacción ambigua en el Art. 27. La clasificación tiene profundas implicaciones para el desarrollo del presente trabajo cuando se la conecta con el estado de necesidad. Por este motivo se tratará con más profundidad del tema cuando se mencione los efectos particulares del estado de necesidad dentro del Capítulo III.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Crawford, *Second report on State responsibility Addendum 2 (A/CN.4/498/Add.2)*, 229.

⁴¹ En el caso de *Fuerza mayor*, el Estado no posee más que una sola opción. Por este motivo, esta figura se halla dentro del grupo de las “justificaciones”.

1.4. Elementos del Estado de Necesidad

Una vez destacada la labor realizada por la CDI, el artículo pertinente dentro del Cap. V (actual 25) se torna imprescindible para el análisis de los elementos constitutivos del estado de necesidad. El Art. 25 maneja únicamente el título “Necesidad” (Necessity). Las disposiciones particulares del artículo han sido sometidas a uno de los mayores debates dentro del seno de la CDI hasta llegar a una aceptación casi completa por parte de los tribunales internacionales, entre ellos, la Corte Internacional de Justicia. Existe un consenso general en cuanto al contenido del Art. 25 como reflejo del curso actual del derecho internacional sobre el estado de necesidad. Por otra parte, la interpretación particular de sus disposiciones no ha corrido con la misma suerte y supone varios desafíos.

1.4.1. Evolución de la Codificación

El proceso de codificación que culminaría con la redacción actual del Art. 25 fue un recorrido extenso para todos aquellos involucrados. Bjorklund registra los orígenes del proyecto en sí mismo en el Comité de Expertos de la Liga de las Naciones. Después de este impulso inicial y durante el período posterior a la segunda guerra mundial se creó la CDI en el año 1947. Los esfuerzos previos que incluían la Conferencia de la Haya de 1930 habían generado un interés particular ante la codificación de la Responsabilidad del Estado. En este marco, el Profesor García Amador sería elegido como el relator especial para el tema.⁴²

El primer reporte de García Amador contiene lo que podría describirse como la primera iniciativa dentro de la CDI para codificar las circunstancias que excluyen la ilicitud. Este primer trabajo lidió con una discusión general dentro del marco de la responsabilidad ya que contenía una sección denominada “Exoneration from responsibility and attenuating and aggravating circumstances”.⁴³ Las circunstancias que

⁴² Bjorklund, “Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure,” 466.

⁴³ F.V. Garcia-Amador, *First Report on International Responsibility (A/CN.4/96)* (United Nations, Enero 20, 1956), 203, <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>.

incluyó son: *fuerza mayor* y estado de necesidad⁴⁴, legítima defensa⁴⁵, serious faults on the part of the injured person⁴⁶ (faltas graves por parte de la persona lesionada), la prescripción extintiva⁴⁷ y el desconocimiento de un Estado o Gobierno.⁴⁸ A pesar de colocar a *fuerza mayor* y al estado de necesidad dentro de una misma categoría, a García Amador se le atribuye el haber sido el primero en trazar una distinción entre las dos figuras. Esta atribución se debe a que en cuanto a *fuerza mayor* y el estado de necesidad, su reporte mencionó que “these have their own peculiar features as factors to be taken into account in measuring the degree of responsibility to be imputed to the State which pleads one of these defenses”.⁴⁹ Desde este punto en adelante, la doctrina de necesidad fue tratada de manera independiente dentro de las discusiones de la CDI.

En el año 1957, García Amador presentó su segundo reporte el cual incluyó la “primera instancia en el contexto del trabajo de la CDI en la que necesidad fue reconocida de manera autónoma”.⁵⁰ El reporte contiene un borrador sobre el incumplimiento de obligaciones contractuales y actos de expropiación. Menciona como parte de su Art. 7 la rúbrica general de responsabilidad internacional si es que un Estado comete algunos actos contrarios a sus obligaciones. Establece que esta responsabilidad será generada si es que por medio del incumplimiento de una obligación contraída con un extranjero se contraviene también una obligación internacional. Después, el artículo indica que el acto u omisión no acorde a la obligación internacional del Estado producirá su responsabilidad si es este “[i]s not justified on grounds of public interest or of the economic necessity of the State”.⁵¹ Recientemente, esta discusión tomó un gran espacio en los tribunales dentro del marco de los casos argentinos. Estos casos surgieron a raíz de la profunda crisis financiera que atravesó Argentina hace casi un década. En ellos se debatió con detalle la disponibilidad de la doctrina de necesidad para crisis financieras.⁵² No obstante, el reconocimiento de circunstancias de necesidad económica no es novedoso gracias a la experiencia en varios casos como *The case concerning the*

⁴⁴ Ibid., 184.

⁴⁵ Ibid., 185.

⁴⁶ Ibid., 188.

⁴⁷ Ibid., 189.

⁴⁸ Ibid., 190.

⁴⁹ Ibid., 184.

⁵⁰ Bjorklund, “Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure,” 468.

⁵¹ F.V. Garcia-Amador, *Second Report on International Responsibility (A/CN.4/106)* (United Nations, Febrero 15, 1957), 116-117, <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>.

⁵² *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*. ARB/01/8 (Laudo del Tribunal - Mayo 12, 2005) 314 (ICSID [W. Bank] 2005).

payment of various Serbian Loans issued in France (1929) y particularmente el caso de *Oscar Chinn*.⁵³ En este segundo caso, el ciudadano Británico Oscar Chinn buscó la protección de su gobierno en respecto de algunas medidas que Bélgica había tomado sobre el transporte fluvial de mercancías en el Congo. La Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) llegó a la conclusión de que Bélgica no había cometido un ilícito internacional en relación con sus obligaciones contraídas con el Reino Unido. Sin embargo, en la opinión separada del Magistrado Anzilotti, se reconoció expresamente que de haberse visto enfrentados ante un ilícito, el resultado sería distinto para el análisis si es que Bélgica hubiera descansado su defensa sobre la necesidad. Según Anzilotti, si los hechos hubieran sido probados de manera íntegra no era suficiente que Bélgica utilice la defensa de interés público para justificar el curso de sus acciones. De darse esta circunstancia, el caso entonces debía tratarse dentro del marco de necesidad. De esta manera, el Magistrado reconoció de manera implícita que era posible utilizar tal defensa en situaciones de necesidad económica (si bien anotando también las limitaciones fácticas de la posible defensa en el caso concreto).⁵⁴

García Amador continuó con su trabajo como relator especial y en el año 1958 contribuyó a la formulación sobre la doctrina de necesidad contenida en el Art. 13 del borrador. Esta formulación es clave porque recoge varios de los elementos que eventualmente serían codificados en el Art. 25 del actual proyecto. El Art. 13 mencionaba lo siguiente en su primer numeral:

[...][T]he State shall not be responsible for injuries caused to an alien if the measures taken are the consequence [...] of a state of necessity due to a grave and imminent peril threatening some vital interest of the State, provided that the State did not provoke the peril and was unable to counteract it by other means.⁵⁵

El trabajo de García Amador como relator especial cesó en el año 1961. Roberto Ago continuó con la labor de codificación por medio de un subcomité del cual fue nombrado presidente.⁵⁶ El cúmulo de su investigación sobre el estado de necesidad se encuentra en el *addendum* a su octavo reporte sobre responsabilidad internacional del

⁵³ *Oscar Chinn (UK v. Belgium) (Judgement)*, PCIJ, Ser. AB., No. 63, 1934 (Permanent Court of International Justice 1934).

⁵⁴ M. Anzilotti, *Oscar Chinn (UK v. Belgium) (Separate Opinion by M. Anzilotti)*, PCIJ, Ser. AB., No. 63, 1934 113 (Permanent Court of International Justice 1934).

⁵⁵ F.V. Garcia-Amador, *Third Report on International Responsibility (A/CN.4/111)* (United Nations, 1958), 50, <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>.

⁵⁶ Bjorklund, "Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure," 469.

Estado. En su reporte se recogió el desarrollo de la doctrina y casuística sobre el tema hasta la fecha.⁵⁷ Este trabajo permitió la posterior codificación y el envío del Art. 33 y su comentario para los Estados. Este artículo contiene ya descripción sistemática de los elementos del estado de necesidad y poseía la siguiente lectura:

Article 33. State of' Necessity

1. A state of necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act of that State not in conformity with an international obligation of the State unless:

(a) the act was the only means of safeguarding an essential interest of the State against a grave and imminent peril; and

(b) the act did not seriously impair an essential interest of the State towards which the obligation existed.

2. In any case, a state of necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness:

(a) if the international obligation with which the act of the State is not in conformity arises out of a peremptory norm of general international law; or

(b) if the international obligation with which the act of the State is not in conformity is laid down by a treaty which, explicitly or implicitly, excludes the possibility of invoking the state of necessity with respect to that obligation; or

(c) if the State in question has contributed to the occurrence of the state of necessity.⁵⁸

Posteriormente, en 1997, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) emitió su fallo en el caso relativo al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*. Su constante referencia académica y aplicación práctica han convertido a este caso en uno de los más importantes dentro de la doctrina de necesidad en el derecho internacional. En esta decisión, la CIJ tomó una posición muy particular para el posterior desarrollo del derecho internacional consuetudinario. Con las partes en acuerdo, consideró si es que existió, en 1989, un estado de necesidad en Hungría.⁵⁹ Esta tarea la realizó por medio de la lectura del Art. 33 (con sus comentarios) de la codificación que había realizado la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la responsabilidad de los Estados a la fecha.⁶⁰ Esta decisión constituyó el primer uso del Art. 33 (actual 25) en un fallo internacional. Le otorgó la legitimidad necesaria al trabajo de la CDI en este punto particular para su eventual

⁵⁷ Roberto Ago, *Addendum - Eighth report on State responsibility (A/CN.4/318/Add.5-7)*, 1980.

⁵⁸ International Law Commission, "Draft articles on state responsibility with commentaries thereto [Adopted by the international law commission On first reading]," 239.

⁵⁹ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) (Judgment)* parr. 49 (International Court of Justice 1997).

⁶⁰ International Law Commission, "Draft articles on state responsibility with commentaries thereto [Adopted by the international law commission On first reading]."

establecimiento como un cuadro adecuado del derecho internacional consuetudinario.⁶¹

Avanzando nuevamente en la evolución de la codificación, el trabajo de Ago fue continuado por James Crawford, quien en su segundo reporte formuló algunas consideraciones para ser tomadas en la segunda lectura de los artículos por parte de los Estados.⁶² La redacción actual del Art. 25 refleja estos cambios aunque el texto en sí mismo ha variado muy poco. Se entiende que la presente lectura recoge los elementos para que el estado de necesidad sea sustentado en el derecho internacional.

La rúbrica del Art. 25 del proyecto es la siguiente:

Necessity

1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:
 - (a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and
 - (b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.
2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:
 - (a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or
 - (b) the State has contributed to the situation of necessity.⁶³

1.4.2. Los Requisitos Afirmativos

Para que la defensa de necesidad sea aceptada, el Estado debe poder cumplir con dos elementos principales enunciados de manera taxativa en el numeral (1) del Art. 25. Según la redacción en forma negativa, no es posible invocar el estado de necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud si es que estos dos requisitos no son hallados. De la misma manera, los dos requisitos en los literales (1) (a) y (1) (b) contienen elementos particulares que analizaré a continuación.

⁶¹ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) (Judgment)*, parra. 51-52.

⁶² Crawford, *Second report on State responsibility Addendum 2 (A/CN.4/498/Add.2)*.

⁶³ International Law Commission, "Articles on Responsibility of States," 80.

1.4.2.1. Interés Esencial del Estado que Invoca Necesidad

El comentario al Art. 25 establece en su párrafo 15 la primera condición a cumplirse. El Estado que invoca necesidad, al haber actuado de una manera no conforme a una obligación internacional, sólo puede tener éxito en su defensa si dicha actuación se realizó para proteger un interés esencial del Estado.⁶⁴ El comentario continúa y menciona que la medida en que un interés sea determinado como “esencial” depende de todas las circunstancias por tanto no puede ser juzgado de manera previa. La concepción de interés no es limitada, “[i]t extends to particular interests of the State and its people, as well as of the international community as a whole.”⁶⁵ Crawford indica en su segundo reporte que no es posible definir de manera abstracta el “interés esencial”. No puede hallarse un contenido de manera previa pero tampoco es correcto limitar el interés únicamente a la existencia misma del Estado.⁶⁶

La no inclusión de manera específica ha sido vista por muchos detractores como una seria dificultad para la codificación de la doctrina. En esta cuestión, el Reino Unido ha sido enfático al mencionar que:

The Government of the United Kingdom views with extreme circumspection the introduction of a right to depart from international obligations in circumstances where the State has judged it necessary to do so in order to protect an interest that it deems “essential”. A defense of necessity would be open to very serious abuse across the whole range of international relations. There is a grave risk that the provision would weaken the rule of law.⁶⁷

Aunque el comentario del Reino Unido menciona con preocupación los posibles riesgos, la formulación empírica exhaustiva resulta imposible. Puede argumentarse que el riesgo se ve mitigado por la exigencia de los otros elementos y la dificultad intrínseca que supone el hallarlos en un caso.

El no poder formular el “interés esencial” en abstracto no se traduce en un desconocimiento sobre el significado del Art. 25. Roberto Ago menciona algunos ejemplos de intereses esenciales en su octavo reporte, estos son: el peligro extremo de la

⁶⁴ Ibid., 83.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Crawford, *Second report on State responsibility Addendum 2 (A/CN.4/498/Add.2)*, 281.

⁶⁷ International Law Commission, *State Responsibility - Comments and observations received from Governments (A/CN.4/488)*, 88.

vida del Estado en sí mismo, su supervivencia económica o política, el funcionamiento continuado de sus servicios esenciales, el mantenimiento de la paz interna, la preservación del medio ambiente de su territorio o una parte de éste, etc.⁶⁸

La severidad de estos ejemplos ilustra claramente las circunstancias extremas en la que se debe encontrar un Estado para que decida invocar la defensa de necesidad. No obstante, esto no significa de ninguna forma el igualar a la doctrina de necesidad con la idea de supervivencia misma del Estado. Ago critica en su reporte la idea generalizada en el siglo XIX que establecía la existencia de ciertos derechos fundamentales de los Estados. Situado dentro de este cúmulo de derechos básicos está el derecho a la existencia misma del estado (*right to existente*) o de manera más específica, a su supervivencia (*self-preservation*).⁶⁹ Bajo esta concepción, lo que la doctrina de necesidad examina es la pugna entre dos derechos subjetivos pertenecientes a dos Estados. La doctrina de necesidad entonces debe proteger al derecho más importante, es decir, al Estado cuya supervivencia se ve amenazada. Esta noción se ve recogida claramente en caso de *Russian Indemnity*, cuyos hechos y razonamiento se ven situados cronológicamente a finales del siglo XIX. En este caso, el Gobierno del Imperio Otomano se defendió ante el reclamo de tardanza de sus pagos a Rusia aludiendo que se encontraba en medio de dificultades financieras de la mayor seriedad.⁷⁰ El caso fue trabajado bajo la premisa de *fuerza mayor* pero se entiende (y lo menciona el comentario) que se trató con hechos y argumentos que reflejan necesidad.⁷¹ El Gobierno de Rusia y el Tribunal concedieron expresamente que sería posible “suspender” la obligación de cumplir con un tratado “if the very existence of the State should be in danger, if the observance of the international duty is [...] self-destructive.”⁷²

El reporte de Ago, que data de 1980, aclara que la idea recogida en el caso precedente ya había sido superada para aquel momento. La visión de la supervivencia del Estado resulta, en la práctica, muy limitada. De este modo, Ago indica el contenido actual de la doctrina con su enfoque en el “interés esencial” y no un derecho. Particularmente menciona que “the concept of state of necessity can be [...] adopted in

⁶⁸ Roberto Ago, *Addendum - Eighth report on State responsibility* (A/CN.4/318/Add.5-7), 2.

⁶⁹ *Ibid.*, 7.

⁷⁰ *Russian Claim For Interest On Indemnities (Russia v. Turkey) (Award of the Tribunal)* 6 (Permanent Court of Arbitration 1912).

⁷¹ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 81.

⁷² *Russian Claim For Interest On Indemnities (Russia v. Turkey) (Award of the Tribunal)*, 6.

certain conditions in order to protect an essential interest of the State, without its existence being in any way threatened”.⁷³

Esta se ve representada en el comentario actual del Art. 25. El interés esencial es medido ante la obligación en sí misma. En su primer párrafo, el comentario habla de la posibilidad que tiene el Estado de “not to perform some other international obligation of lesser weight or urgency”.⁷⁴ Esto parece sugerir el juzgamiento del interés esencial en cada caso y la importancia que lleva éste por sobre otras posibles obligaciones contraídas por el Estado.

La CIJ utilizó esta línea de pensamiento cuando analizó el requisito en el caso del *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*. Hungría realizó parte de su defensa argumentando que la construcción pactada en el tratado en la zona generaría varios problemas ecológicos. Entre estos problemas, mencionó el potencial declive dramático en la calidad del agua y la contaminación de la tierra irrigada por este flujo. También estimó que el desvío definitivo de la corriente causaría la extinción de la fauna y flora fluvial de la zona.⁷⁵

La Corte fue muy directa y aceptó sin dificultad que los intereses ecológicos presentados por Hungría constituían un claro caso de interés esencial del Estado de acuerdo a la lectura del Art. 33. En el mismo párrafo, la Corte recoge el criterio de la CDI y menciona que no se debe unificar la idea del “interés esencial” con aquella de la supervivencia del Estado.⁷⁶

La tesis que siguió la CIJ fue debatida a profundidad en los primeros laudos de los casos Argentinos ante el CIADI. El Tribunal en *CMS*⁷⁷ tomó en cuenta la crisis en conjunto y estimó que “[l]a necesidad de evitar un colapso mayor, con todas sus consecuencias sociales y políticas, bien puede comprometer un interés esencial del Estado”.⁷⁸ El Tribunal en *LG&E* también siguió la idea presentada por Ago cuando concluyó que los “intereses económicos, financieros o relacionados con la protección del Estado frente a cualquier peligro que comprometa gravemente su situación interna o

⁷³ Roberto Ago, *Addendum - Eighth report on State responsibility* (A/CN.4/318/Add.5-7), 8.

⁷⁴ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 80.

⁷⁵ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) (Judgment)*, parr. 40.

⁷⁶ *Ibid.*, parr. 53.

⁷⁷ A pesar de que la conclusión sobre este tema es correcta según el Comité de Anulación, el laudo sería parcialmente anulado en el 2007.

⁷⁸ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic. ARB/01/8 (Laudo del Tribunal - Mayo 12, 2005)*, para. 319.

externa son también considerados intereses esenciales”⁷⁹

Los Tribunales en *Sempra* y *Enron* llegaron a conclusiones distintas respecto a este tema y unificaron la noción de interés esencial con la existencia del estado. El Tribunal en cada caso realizó un análisis profundo de la crisis y reconoció su gravedad. Sin embargo, los dos Tribunales hallaron que la crisis no había afectado la “supervivencia del Estado y su independencia”⁸⁰ y por lo tanto según sus criterios, un interés esencial del Estado Argentino no se hallaba presente en la defensa.

Ambos laudos serían anulados posteriormente lo que en cierta forma eliminó esta disyuntiva. Cabe destacar el análisis que realizó el comité de anulación en *Enron* sobre el punto de derecho específico. El Comité criticó el razonamiento del Tribunal y dejó en claro que el interés esencial de Argentina no podía ser limitado tan drásticamente. Se alineó con la decisión del Tribunal en *Continental*⁸¹ cuando estableció que “the essential interests of the State are not limited to its existence, and the State must be given a margin of appreciation in the protection of its essential interests”.⁸²

Existen varios casos en el derecho internacional que presentan otras posibles definiciones y ejemplos de “interés esencial”. El comentario recoge algunos como en la controversia de *Russian Fur Seals*. En este caso, el interés esencial constituyó la protección de una población de focas al borde de la extinción a razón de la caza indiscriminada.⁸³ La compilación hallada en el comentario al Art. 25 destaca que la variedad de los hechos en cada caso hacen imposible definir específicamente “interés esencial” de manera previa. De este modo, la lectura del comentario que refiere a un análisis casuístico, se vuelve relevante. Ago resume esta temática con claridad en su reporte:

How "essential" a given interest may be naturally depends on the totality of the conditions in which a State finds itself in a variety of specific situations; it should therefore be appraised in relation to the particular case in which such an interest is involved, and not predetermined in the abstract.⁸⁴

⁷⁹ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*. ARB/02/1 (*Decisión Sobre Responsabilidad*) (Octubre 3, 2006) parr. 251 (ICSID [W. Bank] 2006).

⁸⁰ *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. ARB/01/3 (*Laudo*) (Mayo 22, 2007) parr. 306 (ICSID [W. Bank] 2007); *Sempra Energy International v. Argentine Republic*. ARB/02/16 (*Laudo*) (Septiembre 28, 2007) parr. 348 (ICSID [W. Bank] 2007).

⁸¹ *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*. ARB/03/9 (*Award*) (Septiembre 5, 2008) parr. 181 (ICSID [W. Bank] 2008).

⁸² *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. ARB/01/3 (*Decision on Annulment*) (March 07, 2008) parr. 145 (ICSID [W. Bank] 2008).

⁸³ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 81.

⁸⁴ Roberto Ago, *Addendum - Eighth report on State responsibility* (A/CN.4/318/Add.5-7), 12.

1.4.2.2. Peligro Grave e Inminente

La segunda condición presente dentro del Art. 25 (1)(a) es que el interés se encuentre en una situación específica de peligro. “La amenaza al interés esencial del Estado debe ser de una gravedad extrema, constituyendo un peligro presente al interés amenazado”.⁸⁵ Resulta muy complejo separar los dos requisitos ya que el peligro en sí mismo puede formar parte de la circunstancia que caracteriza al interés como esencial. Aún así, bajo un análisis caso por caso, resulta posible delimitar esta línea y examinar por una parte el peligro con sus características de manera separada.

El párrafo 15 del comentario al Art. 25 establece dos condiciones que debe presentar el peligro. La primera condición es que el peligro debe ser establecido de manera objetiva. Esto excluye el solamente establecer el peligro como posible o eventual. La segunda condición se relaciona con la palabra “inminente” presente en el texto del Artículo. Esta palabra denota que el peligro debe ser cercano o próximo.⁸⁶ Ambos elementos se analizarán a continuación.

Según el caso del *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la verificación de la existencia de un peligro de acuerdo a los términos del Art. 33 (actual 25) es un proceso muy complejo.⁸⁷ En relación a parte de la argumentación de Hungría sobre los peligros e incertidumbres ecológicas, la CIJ fue de la opinión que por más serias que podrían postularse estas incertidumbres, no podrían por sí solas, establecer la existencia objetiva del peligro.⁸⁸ La Corte manifestó que “the word ‘peril’ certainly evokes the idea of ‘risk’; that is precisely what distinguishes ‘peril’ from material damage”.⁸⁹ No obstante, la existencia del riesgo por sí misma tampoco es suficiente para cumplir con el elemento de peligro presente el Art. 33. La Corte analizó los argumentos de Hungría en relación a la evidencia científica presentada por las partes en relación los puntos clave del proyecto. La evidencia demostraba la existencia de un grado de riesgo e incertidumbre pero la mera presencia de este riesgo no fue suficiente para demostrar el peligro. En la zona de Gabčíkovo, la Corte analizó que los riesgos estaban relacionados con la operación del enclave al máximo de su capacidad, aunque al momento no se

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 83.

⁸⁷ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) (Judgment)*, parr. 54.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

habían establecido aún las normas de operación para dicho enclave. Ya que no era posible determinar si el riesgo hubiera estado presente al operar el enclave a otro nivel, sobre esta zona, la Corte determinó que el reservorio no se hubiera convertido finalmente en un “grave peligro” para el medio ambiente.⁹⁰ Por otra parte, en la zona de Nagymaros, el peligro presentado suponía la contaminación del agua potable para la ciudad de Budapest. Aún así, la Corte estimó que la razón de la eventual contaminación era la profundización del lecho del Danubio en aquella zona. Dado que el lecho había sido parcialmente profundizado previamente, parte importante del riesgo ya se había materializado hacia el año 1980. En este sentido, en 1989, no era posible que se presentara un peligro (material) proveniente exclusivamente del proyecto y por tanto tampoco un peligro (formal) en el sentido del Art. 33 de aquel tiempo.⁹¹

Para que el peligro pueda ser de la magnitud que prescribe el Art. 25 (o anterior 33), debe cumplir también con la segunda condición. El peligro debe ser inminente. Bjorklund argumenta que “the finding of peril [would not] be sustained if it is sufficiently in the future such that an objective body would not deem it imminent”.⁹² La idea de Bjorklund está claramente anclada en el texto del comentario al Art. 25 y la opinión de la CIJ. En el mismo párrafo analizado para la primera condición del peligro, la CIJ también declaró que la inminencia es sinónimo de proximidad. Esto supone un nivel superior al concepto evocado por la palabra posibilidad y que el peligro postule una amenaza al interés en el momento actual.⁹³ El Tribunal en *LG&E* se refirió directamente a esta noción cuando mencionó que el peligro “[d]eberá ser inminente en el sentido de que ocurrirá pronto”.⁹⁴ Esto tampoco supone que una medida de incertidumbre sobre el peligro lo pueda descalificar de inmediato ya que éste puede ser determinado como apto para la defensa en base a la información razonablemente disponible al momento.⁹⁵

La inminencia no se refiere únicamente a la proximidad temporal sino también a la medida en que el peligro resulte inevitable aún en un tiempo mayor. Esta noción está

⁹⁰ Ibid., parr. 55.

⁹¹ Ibid.

⁹² Andrea K. Bjorklund, “Economic Security Defenses in International Investment Law,” in *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009* (Oxford University Press, USA, 2009), 485.

⁹³ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) (Judgment)*, parr. 54.

⁹⁴ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic. ARB/02/1 (Decisión Sobre Responsabilidad) (Octubre 3, 2006)*, 253.

⁹⁵ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 83.

anclada a que el pasar del tiempo no necesariamente se traduce en que un peligro sea menos inminente. Esta idea se vio claramente formada en *Gabčíkovo-Nagymaros*. Aunque la CIJ finalmente rechazó que el peligro era inminente en base al análisis de ambas zonas mencionadas en el párrafo precedente, la Corte tomó un interesante razonamiento en abstracto. La CIJ tomó como evidencia que no era posible conocer si el peligro era inminente debido a que los resultados que Hungría postulaba como inevitables estaban relacionados con un nivel de actividad específica de los enclaves. Ya que no se conocía al momento a que capacidad funcionarían o si se colocarían reglas para disminuir su impacto, no se podía establecer la inminencia del peligro de manera objetiva.⁹⁶ Aún ante este rechazo, la CIJ admitió en abstracto que la idea de proximidad no está relacionada solamente con un tiempo cercano sino que el peligro puede ser establecido también en el largo plazo sujeto a lo siguiente:

[A] ‘peril’, appearing in the long term might be held to be ‘imminent’ as soon as it is established, [...] that the realization of that peril, however far off it might be, is not thereby any less certain and inevitable.⁹⁷

1.4.2.3. Único Modo (exclusión de otros medios)

La tercera condición que prevé el Art. 25 (1)(a) se refiere a que la forma de actuar del Estado que invoca necesidad sea el único modo disponible para poder evitar el daño al interés esencial. Dicho de otro modo, el Estado no debe disponer de otros medios más que el actuar de una forma no acorde a la obligación internacional en cuestión.

El comentario establece que la defensa de necesidad se ve excluida si el Estado posee otros medios para poder salvaguardar el interés aún si éstos son más costosos o menos convenientes.⁹⁸ La CIJ, en *Gabčíkovo-Nagymaros*, fue clara en este respecto. La Corte estimó que no era su papel el decidir la alternativa más apta para el momento de crisis. Si bien no podía juzgar en este respecto, sí podía determinar otros cursos de acción disponibles para el Estado en relación a su análisis del Art. 33. En este caso, estas opciones podrían ser más costosas pero eran otros medios alternativos al abandono y suspensión del trabajo en el proyecto. Entre estas opciones, incluyó por ejemplo el procesamiento del agua del Danubio para hacerla apta al consumo humano.⁹⁹ Esto, es por supuesto más oneroso que suspender los trabajos, pero como existía dicha

⁹⁶ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) (Judgment)*, parr. 55.

⁹⁷ *Ibid.*, parr. 54.

⁹⁸ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 83.

⁹⁹ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) (Judgment)*, parr. 55.

posibilidad, la CIJ no aceptó que Hungría estuviera privada de otros medios.

Aunque las opciones abiertas al Estado puedan resultar más costosas o difíciles en su ejecución, esto tampoco supone llegar a extremos. Existen límites razonables de exigencia en la conducta a exigirse. Por ejemplo, en Gobierno de Sudáfrica¹⁰⁰ presentó lo siguiente como su concepción de los límites:

A State cannot, for example, be expected to close its schools and universities and its courts, to disband its police force and to neglect its public services to such an extent as to expose its community to chaos and anarchy merely to provide the money wherewith to meet its moneylenders, foreign or national. There are limits to what may be reasonably expected of a State in the same manner as with an individual.¹⁰¹

La línea de argumentación que presentó el Gobierno de Sudáfrica se encuentra también en el caso de la *Société Commerciale de Belgique*. El reporte preparado por la Secretaría de la CDI recoge los argumentos orales presentados por Abogado del Gobierno Griego, el Sr. Youpis. El principio contenido en la intervención oral no fue de ninguna manera disputado tanto por el Gobierno de Bélgica como por la CPJI. Youpis mencionó que “[n]o State is required to execute, or to execute in full, its pecuniary obligation if this jeopardizes the functioning of its public services and has the effect of disorganizing the administration of the country”.¹⁰²

Siguiendo con el análisis del Art. 25, el comentario aclara incluso el significado de la palabra “way” como única forma o medios. Indica que la palabra “way” no solo se refiere a acciones unilaterales que pueda tomar el Estado en torno a la crisis. La palabra también incluye la posibilidad de acciones cooperativas con otros Estados o por medio de organizaciones internacionales.¹⁰³ El comentario además incluye que el requisito de necesidad (o necesario) está contenido en la defensa. Cualquier acto tomado más allá de lo estrictamente necesario para salvaguardar el interés esencial no está contenido en la defensa.¹⁰⁴

En varios los casos de Argentina ante el CIADI, el requisito del “único modo” se vio envuelto en una disputa de interpretación. Los laudos de *Sempra*, *Enron* y *CMS*, (los

¹⁰⁰ Secretariat ILC, “Force majeure” and “Fortuitous event” as circumstances precluding wrongfulness: Survey of State practice, international judicial decisions and doctrine - study prepared by the Secretariat (A/CN.4/315), 1977, 64.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid., 281.

¹⁰³ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 83.

¹⁰⁴ Ibid.

cuales serían anulados posteriormente) sostuvieron que no podían opinar sobre qué medidas era mejores para la situación de crisis sino solamente determinar si la alternativa tomada por Argentina fue la única disponible.¹⁰⁵ La opinión de *Sempra y Enron* fue la misma ya que su interpretación se dirigió a las medidas específicas que había tomado Argentina. Los dos tribunales contienen el mismo lenguaje cuando mencionan que “[la] comparación global de experiencias en el manejo de crisis económicas demuestra que siempre hay muchos enfoques para abordar y solucionar dichos acontecimientos”.¹⁰⁶ Ambos, concluyeron que era muy difícil sostener que en el caso de Argentina sólo una de estas alternativas era el curso a seguir.¹⁰⁷

Esta primera visión fue criticada por los respectivos comités de anulación. Bjorklund resume el problema que presenta la visión de los tribunales, aquella en la que cada medida es discutida frente a otras alternativas: “Taking a literal view of the “only means” analysis, [...] would appear to preclude the raising of a necessity defense in virtually any context”.¹⁰⁸ Esta interpretación supone que la defensa de necesidad se vuelva inoperable. Si bien los requisitos son muy estrictos la defensa desaparece completamente como opción al tomar esta línea de pensamiento.

Otro grupo de fallos en relación a la crisis Argentina contienen una línea de argumentación distinta. La opinión de *LG&E, Enron (Anulación) y Continental*, estuvo encaminada a determinar la naturaleza de la crisis y no las medidas tomadas de manera particular. Su argumento fue que si la crisis era de carácter económico y con efectos generales, entonces un paquete de medidas de la misma naturaleza sería el único modo para lidiar con dicho problema.¹⁰⁹ Con este razonamiento, los tribunales estimaron que “[t]here will always be alternative ways for dealing with an economic crisis, but this does not preclude the application of the state of necessity”.¹¹⁰ La crítica a esta posición es que la interpretación es muy amplia. Esto podría permitir que la defensa sea exitosa en demasiados casos y por tanto sería contrario a la interpretación restrictiva que solicita

¹⁰⁵ *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. ARB/01/3 (Laudo)(Mayo 22, 2007), parr. 309.

¹⁰⁶ *Sempra Energy International v. Argentine Republic*. ARB/02/16 (Laudo)(Septiembre 28, 2007), parr. 350.

¹⁰⁷ *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. ARB/01/3 (Laudo)(Mayo 22, 2007), parr. 308.

¹⁰⁸ Bjorklund, “Economic Security Defenses in International Investment Law,” 486.

¹⁰⁹ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*. ARB/02/1 (Decisión Sobre Responsabilidad) (Octubre 3, 2006), parr. 257.

¹¹⁰ *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. ARB/01/3 (Decision on Annulment) (March 07, 2008), parr. 145.

el Art. 25.¹¹¹

Aunque en el caso de *Total S.A.*,¹¹² el Tribunal también desechó la defensa de Argentina, la decisión no se apego a ninguna de las tesis anteriores. El argumento en este caso fue de índole procesal, basado en la carga de la prueba dispuesta para el demandado al utilizar la defensa de necesidad. El Tribunal declaró que Argentina no cumplió con su deber de demostrar la inexistencia de otros medios disponibles ni tampoco de probar la existencia de un peligro grave e inminente. También falló en demostrar que las medidas tomadas eran necesarias y no contestó los Argumentos de Total S.A sobre este respecto.

El acercamiento a una interpretación satisfactoria relacionada a este requisito no es sencillo. Es claro que las dos posiciones extremas no proveen un resultado adecuado ni práctico para todos los casos. Estas interpretaciones son el resultado de una de las fallas inherentes a la revisión posterior en este tipo de casos. Una vez que la emergencia ha pasado, es sencillo olvidar el sentido de urgencia que motivó al Estado a tomar las decisiones en primer lugar.¹¹³

La intención principal detrás del Art. 25 es crear un nexo causal muy cercano entre el propósito de salvaguardar el interés esencial y las medidas tomadas para hacerlo como único modo.¹¹⁴ Una posible solución es postulada por el Profesor Reinisch. En situaciones de crisis económicas, Reinisch sugiere la utilización de un test de idoneidad y proporcionalidad aunque los elementos específicos de tal test no estarían definidos.¹¹⁵

1.4.2.4. Afectación Grave a otros intereses esenciales

El Art. 25 (1)(b) presenta la segunda condición principal dentro de los requisitos afirmativos para que opere el estado de necesidad. No es posible evocar la defensa si su aplicación afecta gravemente al interés esencial de otro Estado o Estados con quien se contrajo la obligación. Tampoco es posible utilizar la defensa si es que un interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto se ve gravemente afectado. El Comentario establece que el interés del Estado que invoca necesidad debe ser de mayor

¹¹¹ Bjorklund, "Economic Security Defenses in International Investment Law," 486.

¹¹² *Total S.A. v. Argentine Republic. ARB/04/1 (Decisión Sobre Responsabilidad) (Diciembre 27, 2010)* (ICSID [W. Bank] 2010).

¹¹³ Bjorklund, "Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure," 506-507.

¹¹⁴ Bjorklund, "Economic Security Defenses in International Investment Law," 487.

¹¹⁵ August Reinisch, "Necessity in International Investment Arbitration—An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases?," *Journal Of World Investment And Trade* 8 (2007): 191, 201.

peso que todas las otras consideraciones. Esto incluye tanto las consideraciones internas desde el punto de vista del Estado que actúa bajo necesidad como las externas. Se debe colocar en la balanza el interés del Estado que invoca necesidad con aquellos de otros Estados, ya sea de manera individual o conjunta.¹¹⁶

El lenguaje del Art. 25 se refiere únicamente a los intereses esenciales de otros Estados o de la comunidad internacional. Esto no genera ningún problema de interpretación respecto de los sujeto a la luz del Derecho Internacional clásico pero puede presentarse una discusión en el plano del Derecho Internacional de las Inversiones. Los tribunales en *Enron* y *Sempra* tomaron en cuenta esta discusión aunque no haya influenciado gravemente las decisiones. Estos tribunales consideraron los intereses esenciales de los inversionistas además del interés de Estados Unidos. Tanto *Enron* y *Sempra* concluyeron que los intereses esenciales de los demandantes serían afectados de haber permitido que Argentina utilice la defensa de necesidad.¹¹⁷ Aunque este elemento es resaltado en ambos fallos, sus comités de anulación respectivos criticaron el escueto razonamiento o influencia del mismo en la discusión.

La interpretación literal del Art. 25 en temas de naturaleza híbrida como los casos de Argentina no parece ser la solución razonable debido a que excluiría a un actor imprescindible en la disputa. Sin embargo, aunque los tribunales tomen en cuenta los intereses esenciales de los beneficiarios finales de la obligación, este evento no sería de mucha ventaja para los inversionistas. Esta conclusión proviene de que los intereses esenciales de los beneficiarios finales serían en su mayoría financieros.¹¹⁸ La balanza se inclinaría casi en todas las ocasiones en favor de un Estado cuyo interés esencial descansa en muchas más áreas que las finanzas. Algunas de éstas, de crucial importancia para la estructura del Estado, simplemente se verían más importantes ante los ojos de los tribunales.

¹¹⁶ International Law Commission, "Articles on Responsibility of States," 84.

¹¹⁷ *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. ARB/01/3 (Laudo)(Mayo 22, 2007), parr. 342; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*. ARB/02/16 (Laudo)(Septiembre 28, 2007), parr. 390.

¹¹⁸ Bjorklund, "Economic Security Defenses in International Investment Law," 488.

1.4.3. Los Límites de la Defensa

Además de los requisitos afirmativos presentados, existen dos límites generales para la invocación de necesidad.¹¹⁹ El primero se refiere a la naturaleza de la obligación internacional en cuestión. Si ésta excluye necesidad de manera expresa o implícita, entonces la defensa no prevalecerá. El segundo límite se trata de la contribución del Estado que invoca necesidad para producir la situación de necesidad.

1.4.3.1. La Obligación Internacional en cuestión excluye la necesidad

Un instrumento internacional puede, de manera implícita o explícita, excluir la posibilidad de utilizar la defensa de necesidad. En este evento, la defensa no será aceptada como una circunstancia que excluye la ilicitud.¹²⁰ Dos escenarios principales se desprenden de esta característica.

El límite puede imponerse de manera voluntaria y expresa por los Estados parte de un tratado. Esto no genera dudas ya que la voluntad de los Estados ha sido aquella de exceptuar el estado de necesidad como una circunstancia que excluye la ilicitud. El segundo escenario se desprende de la naturaleza de la obligación y la imposibilidad de incorporar necesidad dentro de la misma. Las obligaciones que se desprenden del Derecho Internacional Humanitario son ejemplos de este segundo escenario. Estas reglas están diseñadas para aplicarse en situaciones de extrema gravedad (conflicto armado) y, sin duda, en circunstancias donde los intereses esenciales del Estado están en juego.¹²¹ En este sentido, resulta ilógico que un Estado pretenda aplicar la doctrina de necesidad para evadir sus obligaciones humanitarias. En estos casos, la indisponibilidad de la defensa de necesidad proviene directamente del propósito y objeto de la regla humanitaria.¹²²

Este límite tiene mucha relación con el Art. 26 del proyecto de la CDI ya que la necesidad no puede usarse como modo de legitimar un conducta contraria a una norma de *Jus Cogens*. Sin embargo, esta última no es una característica única del estado de

¹¹⁹ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 84.

¹²⁰ James Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, 1st ed. (Cambridge University Press, 2002), 185.

¹²¹ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 84.

¹²² Ibid.

necesidad sino de todas las circunstancias que excluyen la ilicitud.¹²³

1.4.3.2. El Estado ha Contribuido a la Situación de necesidad

El segundo límite a la defensa de necesidad establece que el Estado que invoca esta circunstancia no debe haber contribuido a crear dicha situación. La inclusión de este límite es obvia y es una derivación directa del principio de la Buena Fe. Ago incluye en su reporte que, obviamente, no sería posible que un Estado genere una situación de peligro a uno de sus intereses esenciales con el único propósito de evadir una obligación internacional.¹²⁴ Esta circunstancia claramente iría en contra del derecho internacional y de ninguna manera la figura de necesidad podría avalarla.

Evidentemente, la contribución voluntaria se encuentra fuera del límite establecido por el Art. 25. Sin embargo, la contribución a la que se refiere el texto puede darse por diversos motivos así como por acto u omisión. Esto no significa que cualquier contribución eliminaría la disponibilidad de la defensa. Según el comentario, la naturaleza de la contribución es “lo suficientemente importante y no simplemente indirecta o secundaria”.¹²⁵

En *Gabcikovo-Nagymaros*, la CIJ desechó la defensa de Hungría basándose también en su incumplimiento de los requisitos del Art. 25 sobre este aspecto. La Corte determinó que Hungría había contribuido al estado de necesidad por medio de varios actos u omisiones. La CIJ anotó que Hungría conocía sobre los potenciales riesgos ambientales antes de vincularse por medio del Tratado de 1977. Aún así, decidió obligarse y comenzar con la construcción. Posteriormente, incluso con más información científica disponible, Hungría decidió acelerar los trabajos, aunque tres meses después los suspendió para finalmente abandonarlos. Esta serie de eventos convenció a la Corte de que Hungría había contribuido a la situación de necesidad que argumentaba. Además mencionó que de haberse aceptado que la situación de necesidad existió con todos sus requisitos, la contribución de Hungría no le hubiera permitido ampararse en necesidad para incumplir con sus obligaciones.¹²⁶

El tema de la contribución sustancial fue tratado con alguna extensión en los

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Roberto Ago, *Addendum - Eighth report on State responsibility (A/CN.4/318/Add.5-7)*, 29.

¹²⁵ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 84.

¹²⁶ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) (Judgment)*, parr. 57.

tribunales de los casos Argentinos ante el CIADI. Los fallos de *CMS*, *Sempra* y *Enron*, comparten un elemento común. Los tres tribunales establecieron que Argentina había contribuido a la situación de necesidad que argumentaba. Reconocieron que la contribución no era de una sola ocasión sino por medio de una serie de actos que se habían acumulado para generar la crisis, algunos, databan de hace más de una década.¹²⁷ Ninguno de los tres fallos establece claramente en qué manera la contribución se realizó, *Sempra* menciona que fue sustancial¹²⁸. El Tribunal en *CMS*¹²⁹ estimó que las “políticas gubernamentales y sus limitaciones contribuyeron de manera importante a la crisis y la emergencia”.¹³⁰ Sin embargo consideró que los factores endógenos también contribuyeron con claridad al problema sin relevar a Argentina de su contribución importante.¹³¹ Estos dos Tribunales llegaron a una conclusión similar sobre la contribución de Argentina pero no determinan cual es el estándar que usaron para determinar la contribución como “suficientemente importante”.

En los comités de anulación, no se realizó un análisis separado al respecto de estos temas. Por ejemplo, en *Enron (anulación)* el Comité de Anulación se limitó a mencionar que el Tribunal no había establecido la manera en que Argentina había contribuido a la crisis.¹³² De nuevo, *LG&E* llegó a una conclusión distinta. Analizó que Argentina había demostrado con su actitud el deseo de tomar los pasos posibles para limitar los problemas generados por la crisis. Su análisis no llegó más allá ni estableció el nivel de contribución sino que se limitó a juzgar que los actores no habían probado la contribución de Argentina a la situación.¹³³

En estas decisiones se pudo observar el problema que genera la interpretación del requisito de contribución sustancial suficiente. Los problemas se asimilan aquellos provocados por la interpretación de la exclusión de otros medios. Aunque las soluciones podrían ajustarse a las propuestas del mencionado requisito anterior, el estado del

¹²⁷ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*. ARB/01/8 (Laudo del Tribunal - Mayo 12, 2005), parr. 329; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*. ARB/02/16 (Laudo)(Septiembre 28, 2007), parr. 353-354.

¹²⁸ *Sempra Energy International v. Argentine Republic*. ARB/02/16 (Laudo)(Septiembre 28, 2007), 354.

¹²⁹ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*. ARB/01/8 (Laudo del Tribunal - Mayo 12, 2005), parr. 329.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*, parr. 328-329.

¹³² *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. ARB/01/3 (Laudo)(Mayo 22, 2007), parr. 145.

¹³³ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*. ARB/02/1 (Decisión Sobre Responsabilidad) (Octubre 3, 2006), parr. 256.

derecho en este punto es ambiguo en casos de crisis económicas. En todo evento, la interpretación no podría estimarse en ningún extremo. Si es de extrema literalidad, excluye la defensa en todo caso, si es muy laxa, la necesidad se puede tornar en una forma sencilla de evadir obligaciones internacionales.

1.4.4. Otras Características del estado de necesidad

No todos los elementos constitutivos del estado de necesidad se encuentran de manera expresa en el Art. 25. Tanto el comentario como la naturaleza misma de la defensa hacen que la circunstancia posea también otras características.

La primera de estas características es que la naturaleza de la defensa de necesidad es excepcional. Esto se puede observar por la redacción negativa que la CDI utilizó en el Art. 25 como también a razón de los dos primeros párrafos del comentario.¹³⁴ La situación de necesidad presenta de manera evidente un gran peligro para el Estado y posee muchas particularidades examinadas en los anteriores requisitos. Esto supone que la defensa no está disponible sino estas circunstancias excepcionales. Los Estados y doctrinarios se encontraron siempre con la preocupación de que al establecerse un regla como la necesidad se abriera la puerta a su abuso. El Reino Unido incluso manifestó que una regla de esta categoría podría poner en peligro la vigencia del derecho internacional.¹³⁵

La característica de excepcionalidad se deriva en la interpretación restrictiva del estado de necesidad. Esta característica se ve evidenciada en el texto mismo del Art. 25 ya que utiliza un lenguaje negativo.

La excepcionalidad también genera que todos los elementos deban presentarse de manera simultánea. La CIJ en *Gabčíkovo-Nagymaros* cimentó esta posición. La Corte argumentó que la interpretación restrictiva y la excepcionalidad de la defensa hacen que todos los elementos deban ser satisfechos de “forma acumulativa”.¹³⁶

La característica final de la defensa es que el elemento de necesidad no esté incorporado en la obligación misma. Esta condición se asemeja aquella enunciada de

¹³⁴ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 80.

¹³⁵ International Law Commission, *State Responsibility - Comments and observations received from Governments* (A/CN.4/488), 88.

¹³⁶ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) (Judgment)*, 51; *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic. ARB/01/8 (Laudo del Tribunal - Mayo 12, 2005)*, parr. 313.

manera general para todas las circunstancias que excluyen la ilicitud. El contenido del Art. 25 no está diseñado para cubrir conductas reguladas por una obligación primaria.¹³⁷ De este modo, la necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud no opera si es que la obligación en cuestión está subordinada a que el cumplimiento de dicha obligación no la haga muy onerosa o peligrosa. En este caso, el concepto de necesidad está incorporado a la obligación en sí misma.¹³⁸

1.5. Conclusiones del Capítulo

La noción de necesidad está cimentada muy profundamente en el pensamiento legal actual.¹³⁹ Esta doctrina presenta una multitud de facetas que la hacen tanto interesante para su análisis como compleja para su implementación. La práctica internacional ha propuesto una multitud de escenarios y recientemente debates multimillonarios en los cuales se realizó un balance entre los intereses del Estado y aquellos de otros actores; tales como los inversionistas extranjeros amparados bajo un TBI.

El entendimiento del concepto, características y operación del estado de necesidad es elemental para poder llegar a la conclusión de este trabajo. Con un cuadro formado de que se trata o no del estado de necesidad se puede analizar qué efectos posee el utilizar la defensa. Las consecuencias jurídicas que genera dicha argumentación en la compensación dependen de esta doctrina y de su ubicación bajo las reglas secundarias o las reglas primarias. El análisis del estado de necesidad permite aclarar las contribuciones de los tribunales en los casos de Argentina a la fecha y diferenciar entre otras figuras que evocan la doctrina como se verá en el siguiente capítulo.

¹³⁷ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 84.

¹³⁸ Roberto Ago, *Addendum - Eighth report on State responsibility (A/CN.4/318/Add.5-7)*, 17.

¹³⁹ International Law Commission, *Report of the International Law Commission on the work of its twenty-second session (A/8010/Rev.1)*, 88.

2. La Doctrina de Necesidad en los Tratados Bilaterales de Inversiones

2.1. Nociones Generales

Una vez establecida claramente la doctrina de necesidad consignada de acuerdo al trabajo de la CDI, se torna importante analizar otras figuras que se encuentran en el derecho internacional para posteriormente identificar cómo se relacionan entre sí.

La doctrina de necesidad no es exclusiva para la redacción del Art. 25 del proyecto de la CDI. El anterior capítulo recogió como la idea de necesidad se encuentra profundamente enraizada en el pensamiento legal y su aceptación generalizada por los Estados. La doctrina de necesidad puede convertirse entonces en un elemento esencial de muchas disposiciones de carácter primario sin convertirse en la necesidad expresada en el Art. 25; es decir, necesidad como un modo de excluir la ilicitud.

Los Tratados Bilaterales de Inversiones (TBIs) son instrumentos internacionales que presentan una variedad de cláusulas derivadas de una larga práctica internacional. Por medio de la inclusión de protecciones y límites, se crea, en teoría, un balance entre el poder que tiene el Estado para actuar y las expectativas que poseen los inversionistas al involucrarse con dicho Estado.¹⁴⁰

Dentro de este marco, existen varios tipos de estipulaciones que pretenden buscar este balance por medio de una redacción que sin duda evoca el concepto de necesidad. Las *Non-Precluded Measures*¹⁴¹ (NPMs) son de las más comunes dentro de la estructura de los TBIs. Estas disposiciones se hallan con facilidad dentro de la práctica instrumental de los Estados pero no han sido objeto de notable revisión dentro del ámbito internacional. Este capítulo se ocupará del estudio de este tipo de cláusulas para así poder determinar en qué se asemejan o se separan del estado de necesidad. Si bien este tipo de cláusulas están presentes en otros tipos de tratados, el análisis se centrará en los TBIs y particularmente en los tratados de Argentina; estos casos proveen de indicios para establecer los efectos jurídicos sobre la compensación.

¹⁴⁰ August Reinisch, "The Future of Investment Arbitration," *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford University Press, USA, 2009), 895-902.

¹⁴¹ Medidas No Impedidas por el TBI (la traducción es mía)

2.2. Desarrollo de las Non-Precluded Measures

Las *NPM* son un producto común del derecho internacional pero no fue hasta recientemente que este tipo de cláusulas se tornaron en foco de interés dentro del ámbito internacional. La crisis Argentina a inicios de la década anterior generó una ola de reclamos internacionales, principalmente a razón del TBI entre Argentina y Estados Unidos. En su defensa ante estos reclamos, Argentina utilizó de manera amplia el Art. XI del TBI; que no es sino una cláusula de *non-precluded measures*. La utilización de esta cláusula en la defensa del Estado Argentino generó un intenso debate. Tanto los tribunales como los comités de anulación han dado sus criterios sobre este tipo de cláusulas, en algunas circunstancias, llegando a resultados diametralmente opuestos. Aunque el debate extenso sea un fenómeno relativamente nuevo, la existencia de este tipo de cláusulas no lo es.

Las *NPM* eran un elemento común en los tratados de Amistad, Comercio y Navegación celebrados por los Estados Unidos en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial.¹⁴² La inclusión de este tipo de cláusulas era un modo en que Estados Unidos garantizaba un espacio de libertad sin que sean violatorias a varias disposiciones de los tratados. Esta práctica se ve también evidenciada durante el uso de estas cláusulas en otros tratados internacionales, culminando con su inclusión en los TBIs actuales.

La primera invocación relevante de una *NPM* ocurrió en 1984 en el caso de *Nicaragua*¹⁴³ ante la CIJ. El tratado Amistad Comercio y Navegación entre Estados Unidos y Nicaragua¹⁴⁴ prevé, en su Art. XXI, un conjunto de medidas que no están prohibidas para ambos de los Estados que son partes al instrumento. Por medio de la rúbrica: “[e]l presente Tratado no impedirá la aplicación de medidas [...]”,¹⁴⁵ los Estados Unidos buscaron excluir de las obligaciones del tratado a acciones tomadas en relación a la producción o el tráfico de armas¹⁴⁶, y particularmente para la protección de

¹⁴² William W. Burke-White y Andreas Von Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties,” *SSRN eLibrary* (2007): 312, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980107.

¹⁴³ *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Judgement on Merits)* I.C.J. Reports 1986, p. 14 (International Court of Justice 1986).

¹⁴⁴ *Tratado De Amistad, Comercio Y Navegación Entre La Republica De Nicaragua Y Los Estados Unidos De América*, *Gaceta*, vol. 134, 1958, <http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/0/e384cf02c85349880625735500690867?OpenDocument&Click=>.

¹⁴⁵ *Ibid.*, 134:XXI (1).

¹⁴⁶ *Ibid.*, 134:XXI (1)(c).

sus intereses esenciales de seguridad.¹⁴⁷

El primer TBI que contuvo una cláusula de *NPM* fue el Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Alemania y Pakistán en 1959. Asimismo, desde la conclusión del primer TBI de Estados Unidos y Panamá en 1982,¹⁴⁸ todos los TBIs subsecuentes de este Estado han mantenido dicha cláusula.¹⁴⁹ Lejos de ser ubicuas, las *NPM* se encuentran de manera constante en un grupo determinado. “They appear regularly in the BITs of states that play a major role in the international financial system, such as Germany, India, the Belgian-Luxembourg Union, Canada, and the United States”.¹⁵⁰

El hallar este tipo de disposiciones en los TBIs le da un tinte interesante a la extensión los acuerdos de inversiones desde que los programas se dispararon en la década de los 80s. Uno de los propósitos principales de los TBIs es el de generar un movimiento de capital que beneficie a ambas partes.¹⁵¹ Si bien, este diseño está dentro de la lógica del tratado, también es cierto que desde la óptica del Estado exportador de capital, el TBI supone una herramienta para la protección de la inversión privada de nacionales de dicho Estado.¹⁵² Este elemento es sin duda predominante en los TBIs y genera el convencimiento necesario para que la inversión se lleve a cabo en Estados que no poseen las mismas garantías que los Estados exportadores de capital. Sin embargo, la inclusión de las cláusulas *NPM* sugiere que el mismo TBI podría no ser aplicable en sus totalidad en situaciones excepcionales, es decir cuando las inversiones se encuentran en mayor riesgo. “El entendimiento tradicional es que el Estado receptor de la inversión debe proveer al inversionista de ciertas protecciones o cargar con los costos al hacer lo contrario”.¹⁵³

Por supuesto, las *NPM* no pretenden ir en contra del mismo objeto del tratado y por tanto no constituyen carta blanca para que el Estado realice cualquier comportamiento no consentido por el TBI. Una forma más sencilla de definir y observar a este tipo de

¹⁴⁷ Ibid., 134:XXI (1)(d).

¹⁴⁸ *Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Panama Concerning the Treatment and Protection of Investments*, 1991.

¹⁴⁹ Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 312.

¹⁵⁰ Ibid., 313.

¹⁵¹ *Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, 1991, Preámbulo.

¹⁵² U.S. Senate Foreign Relations Committee, *Executive Report 111-08: Investment Treaty with Rwanda*, Executive Report (U.S. Senate Foreign Relations Committee, December 22, 2010), 1-2, <http://foreign.senate.gov/reports/download/?id=0fefe3d7-63eb-4717-bb97-1eefafc10f84>.

¹⁵³ Burke-White and Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 314.

estipulaciones es tomando al TBI como un instrumento de asignación de riesgo. Las disposiciones en general trabajan para mitigar el riesgo que posee el inversionista en el Estado receptor del capital. Por otra parte, las cláusulas *NPM* se constituyen en un vehículo de asignación del riesgo. De este modo, transfiere los costos que produce el lesionar a una inversión desde los inversionistas hacia el Estado huésped en situaciones excepcionales.¹⁵⁴

El desarrollo de esta óptica es crucial pues, por un lado, la inclusión de las *NPM* en los TBIs le brinda un espacio de libertad al Estado frente a circunstancias excepcionales. Por otro lado, los intereses tanto de los inversionistas y del Estado exportador de capital se ven reflejados en la estructura general del TBI. El Tribunal en *Continental* resume el acercamiento a la doctrina de necesidad presente tanto estas estipulaciones como en el Art. 25 antes analizado:

[B]oth intend to provide flexibility in the application of international obligations, recognizing that necessity to protect national interests of a paramount importance may justify setting aside or suspending an obligation, or preventing liability from its breach.¹⁵⁵

Si bien, la doctrina de necesidad puede verse en las *NPM* en abstracto, es necesario obtener una idea de cómo operan estas cláusulas; cuáles son sus límites de aplicación y posibles interpretaciones.

2.3. Diferencias entre las *Non-Precluded Measures* y las defensas provenientes del Derecho Internacional Consuetudinario

Las *NPM* y el estado de necesidad poseen un núcleo común en la doctrina de necesidad. Ambas formas protegen un grupo de intereses del Estado, le otorgan flexibilidad en su actuación y son excepcionales en su aplicación. Esta circunstancia no significa que ambas figuras sean iguales en el derecho internacional. William w. Burke-White y Andreas Von Staden argumentan que las *NPM* se diferencian de las defensas en el derecho internacional consuetudinario en cuatro niveles: su contenido sustantivo, su justificación teórica, su fuente de autoridad legal y su rango de aplicación.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*. ARB/03/9(Award)(Septiembre 5, 2008), 168.

¹⁵⁶ Burke-White and Staden, "Investment Protection in Extraordinary Times," 321.

2.3.1. Contenido Sustantivo

El contenido sustantivo de las *NPM* difiere de las defensas halladas en el derecho internacional consuetudinario; específicamente del estado de necesidad. El estado de necesidad es una defensa *ex-post* al acto no acorde a una obligación internacional. El supuesto esencial de esta defensa es que exista un hecho ilícito internacional. Una vez que existe la violación a la obligación internacional, el estado de necesidad provee de una excusa que excluye la ilicitud del acto y por ende (de forma general) los resultados normales de dicha caracterización bajo el derecho internacional.

Por otra parte, las *NPM* actúan *ex-ante*, removiendo un grupo de actos por parte del Estado de las protecciones específicas del tratado.¹⁵⁷ Aunque su revisión sea posterior, la lógica es que la misma obligación permite al Estado una serie de actos. Su mismo nombre hace alusión a esta interpretación ya que se tratan de medidas no excluidas por el tratado. En otras palabras, se trata de medidas permitidas por el instrumento internacional en cuestión.

La diferencia sustancial con el estado de necesidad es que las *NPM* le otorgan un margen de actuación al Estado, el cual, al cumplir con los requisitos de la cláusula, no viola las disposiciones del instrumento. De este modo, no existe un hecho internacionalmente ilícito en primer lugar y no se puede generar responsabilidad internacional anclada al hecho.

Las *NPM* no poseen una formulación única y aceptada de manera general como es el caso del estado de necesidad. Esto resulta en que el contenido sustancial sea disputado de acuerdo a la idea de Burke-White y Von Staden. Como no es posible saber qué se encuentra enmarcado dentro de las *NPM*, hay algunos autores que sostienen que su invocación podría derivar en un hecho ilícito internacional en el caso de los TBIs.¹⁵⁸ Sin embargo, el principio propuesto por es Burke-White y Von Staden es lógico con el Derecho de los Tratados. Si una medida se encuentra permitida, y un Estado actúa de acuerdo a este *proviso*, no existirá un ilícito por operación de la regla.¹⁵⁹ El problema no yace en la generación o no de un ilícito por la regla sino la extensión de

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Diane Alferez Desierto, "Necessity and Supplementary Means of Interpretation of Non-Precluded Measures in Bilateral Investment Treaties," *SSRN eLibrary* (2009), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1485550.

¹⁵⁹ International Law Commission, "Articles on Responsibility of States," 54.

la *provisio* sobre las protecciones del TBI. Esto se realiza midiendo dos circunstancias: (1) si la *NPM* se aplica a todo el tratado o parte de él y (2) si el mismo tratado no prevé un efecto distinto a la invocación de la *NPM*. Ambas preguntas dependerán primariamente con el lenguaje del tratado y serán tratadas en la sección de interpretación de las *NPM* del presente capítulo.

2.3.2. Justificación Teórica

La justificación teórica es también distinta en cuanto al estado de necesidad y en general de las circunstancias que excluyen la ilicitud. Las *NPM* retiran ciertos actos de la protección del tratado en cuestión ya que estos actos guardan suficiente relación con un grupo particular de objetivos del Estado. Por otra parte, las circunstancias del Cap. V del Proyecto excluyen la ilicitud de un acto por medio de un sistema axiológico de metas aceptadas por la comunidad internacional.¹⁶⁰ Por ejemplo, en cuanto a necesidad, no se puede obligar a un estado a sacrificar sus intereses esenciales (como cerrar sus escuelas, universidades y cortes) para cumplir con una obligación internacional exclusivamente de índole financiera.¹⁶¹ Las dos figuras entonces parten de diferentes supuestos teóricos, unas afectadas por la negociación en particular y otras por la visión de la comunidad internacional como se ha recogido en el Proyecto de la CDI.

2.3.3. Fuente de Autoridad Legal

Esta distinción se deriva de la naturaleza que posee cada una de las disposiciones. El estado de necesidad y las circunstancias que excluyen la ilicitud son reglas secundarias del derecho internacional. Estas reglas surgen ante la comisión de un hecho internacionalmente ilícito y su aplicación proviene de la práctica constante de los Estados conjuntamente con la *opinio juris*. Por otra parte, las *NPM* son reglas primarias del derecho internacional. Se encuentran codificadas en el mismo TBI (u otro instrumento) y pertenecen a la rama del Derecho de los Tratados.¹⁶²

¹⁶⁰ Burke-White and Staden, "Investment Protection in Extraordinary Times," 321.

¹⁶¹ Secretariat ILC, "Force majeure" and "Fortuitous event" as circumstances precluding wrongfulness: Survey of State practice, international judicial decisions and doctrine - study prepared by the Secretariat (A/CN.4/315), 64.

¹⁶² CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic. ARB/01/8 (Decisión Del Comité Ad Hoc Sobre La Solicitud De Anulación De La República Argentina - Septiembre 25, 2007) parr. 132-33 (ICSID [W. Bank] 2007); Burke-White y Staden, "Investment Protection in Extraordinary Times," 322.

De este modo, las cláusulas dentro del TBI son parte de las reglas primarias de los tratados, ellas definen qué constituye una violación en primer término, mientras que la necesidad constituye una regla secundaria que justifica la violación una vez que el ilícito ha ocurrido.¹⁶³ La interacción de ambas ramas será materia del tercer capítulo del presente trabajo pero vale recalcar en este punto el criterio de la CIJ en el caso de *Nicaragua*:

[E]ven if two norms belonging to two sources of international law appear identical in content, and even if the States in question are bound by these rules both on the level of treaty-law and on that of customary international law, these norms retain a separate existence¹⁶⁴

2.3.4. Rango de Aplicación de las *NPM* y Necesidad

La última distinción presentada por Burke-White y Von Staden resulta del rango que las distintas clases de obligaciones poseen. La sección general que contiene los hechos que excluyen la ilicitud es parte del derecho internacional consuetudinario. Este, por tal, es aplicable a todos los Estados; entendiéndose como costumbre universal.¹⁶⁵ Por otra parte, las *NPM* provienen principalmente de tratados bilaterales entre dos Estados. El contenido de dichas disposiciones será aplicable solamente entre aquellas dos partes de acuerdo al contenido específico de las negociaciones. Burke-White y Von Staden recogen el efecto lógico que tiene esta práctica: mientras sólo puede producirse una figura de estado de necesidad en el derecho internacional (por supuesto con las dificultades que posee el concepto), la formulación de las *NPM* dependerá de tantos tratados sean concebidos por parte de los Estados.¹⁶⁶

2.4. Anatomía de las *NPM* y su interpretación

Aunque las *NPM* poseen un lenguaje variado en relación con cada instrumento en que se encuentren, estas cláusulas ostentan elementos estructurales comunes. Estos elementos combinados determinan quien deberá cargar con los costos de los actos

¹⁶³ Gabriel Bottini, "Protection of Essential Interests in the BIT Era," *Investment Treaty Arbitration and International Law - Volume 1* (JurisNet, 2008), 30.

¹⁶⁴ *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Judgement on Merits)*, parr. 178.

¹⁶⁵ Monroy Cabra, *Derecho Internacional Público*, 88-89; Asamblea General de las Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (A/RES/59/35)*, Resolución aprobada por la Asamblea General, Diciembre 2004.

¹⁶⁶ Burke-White y Staden, "Investment Protection in Extraordinary Times," 322.

estatales en situaciones excepcionales.¹⁶⁷

El TBI entre Argentina y Estados Unidos es el instrumento sobre el cual varios tribunales han realizado extensos análisis en relación a las *NPM*. Este TBI en particular posee algunas cláusulas *NPM*. El Art. XI es un buen punto de partida ya que esta disposición posee el lenguaje tradicional de las medidas permitidas bajo el tratado. El Art. XI posee la siguiente redacción:

ARTICLE XI

This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests.¹⁶⁸

El Art. XI presenta fácilmente el primer elemento base de una cláusula *NPM*. Establece que el tratado no impedirá la aplicación de ciertas medidas por parte del Estado si son “necesarias” para la consecución de varios objetivos lícitos o admisibles (enunciados desde la segunda línea). Burke-White y Von Staden denominan a este primer elemento el “Requisito del Nexo”.¹⁶⁹ El segundo elemento que presentan las *NPM* no está presente de manera en el texto del Art. XI sino en su silencio, por este motivo el Art. III del mismo TBI funciona como un mejor ejemplo.¹⁷⁰ El lenguaje del primer fragmento de este artículo es muy semejante al de al Art. XI en cuanto permite al Estado tomar una serie de medidas. Sin embargo, la última parte del Art. III representa el segundo elemento común a las *NPM*. En esta sección, establece el rango de aplicación de la cláusula respecto de las otras protecciones del TBI.¹⁷¹ En el caso concreto del Art. III, el rango de aplicación de las medidas permitidas está limitado a que dichas medidas no afecten las sustancia de cualquiera de los derechos contenidos en el Tratado. Es un rango de aplicación pequeño pero que provee seguridad al Estado ya que recoge el principio en que éste no tendrá responsabilidad absoluta (*absolute liability*) por cualquier tipo de cambio de circunstancias.

¹⁶⁷ Ibid., 329.

¹⁶⁸ *Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*.

¹⁶⁹ Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 329.

¹⁷⁰ *Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, ARTICLE III - This Treaty shall not preclude either Party from prescribing laws and regulations in connection with the admission of investments made in its territory by nationals or companies of the other Party or with the conduct of associated activities, provided, however, that such laws and regulations shall not impair the substance of any of the rights set forth in this Treaty. (Énfasis mío)

¹⁷¹ Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 329.

El tercer elemento está presente nuevamente en el Art. XI y se trata de un listado de objetivos admisibles bajo el TBI. El orden público, la salud pública y el mantenimiento de la paz internacional son ejemplos de éstos, pero pueden variar con facilidad de acuerdo a la negociación. En el caso del Art. XI, este listado comienza desde la inclusión del término “necesarias para”.¹⁷² A continuación se realizará un análisis de cada uno de los elementos a detalle.

2.4.1. El Requisito del Nexa

Para que una de las cláusulas *NPM* sea invocada exitosamente, las medidas tomadas por el Estado deben guardar una relación de proximidad con los objetivos admisibles bajo el Tratado.¹⁷³ Si aquellas medidas no poseen este nexa, las acciones del Estado no se encontrarán avaladas por la cláusula *NPM*; por ende, ocurriría un hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado.

La relación de proximidad (que Burke-White y Von Staden denominan el nexa) está determinada por el lenguaje particular de la cláusula *NPM*. En el caso del Art. XI del TBI Argentina-Estados Unidos, esta proximidad se encuentra establecida por la palabra “necesario”. De esta manera, los actos del Estado Argentino deben ser necesarios para la consecución de los objetivos admisibles bajo el Art. XI. La práctica de los Estados Unidos demuestra que esta terminología es usada con frecuencia en sus negociaciones bilaterales.¹⁷⁴ Por supuesto, el lenguaje particular de la cláusula puede variar dado el rango de aplicación más amplio que poseen las *NPM* respecto de otras figuras del derecho internacional. Una negociación bilateral puede imponer un nexa más exigente o una conexión más laxa como en el caso del TBI entre Alemania y la Federación Rusa.¹⁷⁵ El párrafo 2(c) del protocolo a este TBI establece el nexa por medio de la frase “en el interés de”. Las medidas en este caso no necesitan la conexión tan estricta como en la práctica norteamericana. En el caso de este TBI, la actuación del Estado, realizada en el interés de los objetivos permitidos, estará cubierta por la *NPM*.

El campo de la interpretación del nexa es sumamente amplio y complejo. La

¹⁷² *Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, Art. XI.

¹⁷³ Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 330.

¹⁷⁴ Ver, por ejemplo: el TBI entre Estados Unidos y Mozambique; el TBI entre Estados Unidos y Panamá.

¹⁷⁵ *Agreement Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments between the Federal Republic of Germany and Union of Soviet Socialist Republics (with Protocol)*, 1989.

diversidad de las cláusulas y los idiomas en las que están redactadas produce una verdadera sensación de incertidumbre ante la posible interpretación de un tribunal. Por ejemplo, el nexo en el TBI de Perú y Bolivia establece que no se le impedirá a ninguno de los dos Estados el adoptar las medidas “exigidas” por los objetivos admisibles.¹⁷⁶ Inmediatamente surgen varias incógnitas respecto a la interpretación de la cláusula en español, principalmente, si refleja o no en otro idioma el mismo nexo que el TBI de Argentina y Estados Unidos. Las preguntas deberán ser respondidas de acuerdo a un análisis particular del instrumento en cuestión y por tanto no es posible generar un solución que agrupe a todos los nexos. Dicho esto, la variación en el lenguaje y ausencia de interpretaciones consistentes no supone una libertad absoluta para establecer el nexo. La CVDT con sus Arts. 31 y 32 seguirá siendo la herramienta principal para poder dar sentido a las palabras del TBI. Las dificultades al determinar el nexo son tan amplias que incluso con la formulación más común “necessary” y de acuerdo al Art. 31 de la CVDT, se obtienen cuatro posibilidades bajo la práctica estatal y jurisprudencial.¹⁷⁷

La primera de estas posibles interpretaciones fue adoptada por los Tribunales en *Sempra*, *Enron* y *CMS*. Para poder establecer el nexo, los tribunales igualaron la referencia a la doctrina de necesidad (por medio de inclusión de la palabra “necessary” en el TBI) a los requisitos del estado de necesidad bajo el derecho internacional.¹⁷⁸ Esto generó una conexión muy exigente entre los objetivos admisibles y la actuación del Estado Argentino. Le impidió con facilidad el poder usar la defensa basada en el Art. XI del TBI. La crítica principal que se hace a esta interpretación en relación al nexo es que resulta en una aplicación muy estrecha de la cláusula sin diferenciarla de la defensa del Art. 25.¹⁷⁹ Si el objetivo principal de las *NPM* es ampliar (aunque sea por un pequeño margen) el espacio de actuación del Estado, esta interpretación no le otorga vías distintas a las halladas en el derecho internacional consuetudinario. Volviendo a la idea de las *NPM* como vehículos de asignación de riesgo, la interpretación de *CMS* asignaría el riesgo siempre a los Estados, incluso bajo circunstancias excepcionales. Este resultado convierte a las *NPM* en cláusulas sin efecto bajo los TBI ya que la defensa de

¹⁷⁶ *Convenio Entre La República Del Perú Y El Gobierno De La República De Bolivia Sobre Promocion Y Proteccion De Inversiones*, 1993, Art. 3(5).

¹⁷⁷ Burke-White and Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 343.

¹⁷⁸ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*. ARB/01/8 (Laudo del Tribunal - Mayo 12, 2005), parr. 353.

¹⁷⁹ Amin George Forji, “Drawing the Right Lessons from ICSID Jurisprudence on the Doctrine of Necessity,” *SSRN eLibrary* (2011): 51, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1768266.

necesidad estaría siempre disponible en el derecho internacional consuetudinario y nuevamente recogida expresamente en el TBI sin ningún cambio.¹⁸⁰

La segunda interpretación posible para el nexo del Art. XI del TBI Argentina-Estados Unidos proviene del caso *Nicaragua* ante la CIJ. El Tratado en cuestión contiene un lenguaje similar al del Art. XI del TBI. La CIJ fue de la opinión que “the measures taken must not merely be such as tend to protect the essential security interests of the party taking them, but must be ‘necessary’ for that purpose.”¹⁸¹ Bajo esta óptica, el nexo se traduce en un relación de causalidad. Si el Estado no toma las medidas entonces los objetivos admisibles serán afectados. En esto yace el énfasis de la CIJ en la palabra “necesarias”; en una idea de medidas indispensables para un propósito particular.

Una tercera interpretación surge en contraste a las dos primeras. Esta lectura sugiere una aproximación más amplia al término “necesario” y proviene de la Corte Europea de Derechos Humanos (CteEDH).¹⁸² Varios de los artículos del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) admiten un nivel de restricción de acuerdo sea necesario para proteger ciertos intereses vitales del Estado. El Art. 10 del Convenio es un ejemplo claro de esta circunstancia y utiliza el término “medidas necesarias”¹⁸³, de allí que se encuentre un paralelo entre este nexo y aquel concerniente a las *NPM*. En el caso de *Handyside v. El Reino Unido*,¹⁸⁴ la CteEDH aplicó la restricción contenida en el Art. 10 del CEDH con el objetivo de proteger la moral. El Gobierno del Reino Unido utilizó este objetivo para justificar la condena del Sr. Richard Handyside. Handyside era dueño de una editorial que publicó copias del libro “Little Red School Book”, esta publicación sería destruida por el Gobierno al ser tachada de pornografía de acuerdo a la Ley de Publicaciones Obscenas (Obscene Publications Act).¹⁸⁵

¹⁸⁰ Burke-White and Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 344.

¹⁸¹ *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Judgement on Merits)*, par. 282.

¹⁸² Burke-White and Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 345.

¹⁸³ *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (El texto del Convenio se presenta tal y como ha sido modificado por las disposiciones del Protocolo n° 14 (STCE n° 194) a partir de su entrada en vigor el 1 de Junio de 2010)*, 2010, Art. 10, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf.

¹⁸⁴ *Case of Handyside v. The United Kingdom (Application no. 5493/72) (Judgment) (Diciembre 7, 1976)* (European Court of Human Rights 1976).

¹⁸⁵ Pieter Dijk et al., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Fourth Edition. (Martinus Nijhoff Publishers, 1998), 806.

La CteEDH analizó si las medidas tomadas por el Gobierno eran “necesarias” para la protección de la moral pública.¹⁸⁶ Después de realizar una comparación entre otros artículos del Convenio, concluyó que la interpretación del término “necesario” del Art. 10 debe situarse entre medidas indispensables y medidas útiles para la obtención del fin admisible.¹⁸⁷ En este punto, la Corte también estimó que el Estado posee un margen de apreciación ante qué medidas tomar o no. Estableció que “it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of "necessity" in this context”¹⁸⁸

El cuarto posible acercamiento al término “necesario” resulta de la práctica de Estados Unidos y jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio (OMC).¹⁸⁹ La práctica de Estados Unidos permite que un Estado afecte los derechos de los ciudadanos solamente si es la alternativa menos restrictiva para lograr un objetivo en particular.¹⁹⁰ La práctica de la del OMC presenta también una opinión similar respecto de la necesidad de las medidas. En el fallo de *Continental* se utilizó una opinión del Órgano de Apelación de la OMC para definir el término “necesario” contenido en el Art. XI del TBI.¹⁹¹

[T]he term “necessary” refers in our view to a range of degrees of necessity. At a one end of this continuum lies “necessary” understood as “indispensable;” at the other, is “necessary” taken to mean as “making a contribution to.” We consider that a “necessary” measure is, in this continuum, located significantly closer to the pole of “indispensable” than to the opposite pole of simply “making a contribution to.”¹⁹²

Esta cuarta postura sugiere que “necesario” se refiere a una medida que, sin ser la única disponible, guarde una relación muy estrecha con el fin buscado. Además, el nexo debe considerar un margen muy estrecho. Este margen va desde la medida menos restrictiva hasta aquellas absolutamente indispensables. El Estado, entonces, podrá entonces escoger cualquier medida disponible dentro de este límite. En la práctica, el Tribunal de *Continental* permitió a Argentina usar este nexo en casi todas sus medidas

¹⁸⁶ *Handyside v. UK*, parr. 47.

¹⁸⁷ *Ibid.*, parr. 48.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 346.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*. ARB/03/9(Award)(Septiembre 5, 2008), parr. 193.

¹⁹² *Korea - Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (WT/DS161/AB/R)* (WT/DS169/AB/R) 161 (WTO Appellate Body 2001).

tomadas, eliminando con éxito la mayoría de su responsabilidad ante el reclamo.¹⁹³ Sobre la interpretación del nexo en particular, el Tribunal opinó que las medidas “were in part inevitable, or unavoidable, in part indispensable and in any case material or decisive in order to react positively to the crisis”.¹⁹⁴

2.4.2. Rango de aplicación de la Cláusula

Las cláusulas *NPM* pueden situarse dentro de dos rangos de aplicación. El lenguaje puede ser tal que las medidas tomadas de acuerdo a los objetivos admisibles sean lícitas en relación con todo el tratado o solamente a una parte del mismo. Las *NPM* que se aplican a todo el tratado son llamadas “de rango completo” y las que no, son aquellas de “rango limitado”.¹⁹⁵

Las *NPM* de “rango completo” se identifican por un lenguaje común, por ejemplo, el TBI entre Argentina-Estados Unidos establece en su Art. XI que “[e]l presente **Tratado** no impedirá” la aplicación de ciertas medidas enunciadas posteriormente.¹⁹⁶ La referencia a todo el Tratado de manera conjunta nos lleva a la conclusión que la cláusula *NPM* se aplica a todo el instrumento; las medidas lícitas tomadas estarían por este motivo excluidas de la protección del TBI y por tanto no generarían un ilícito en primer término.¹⁹⁷

Por otra parte, las *NPM* de rango limitado contienen un lenguaje que reserva la aplicación sólo a ciertos contenidos. Un ejemplo de esta redacción se encuentra en el Art. 4 del Protocolo al TBI entre Alemania y China.¹⁹⁸ El Acuerdo limita el rango de la cláusula estableciendo que las medidas tomadas en cuanto a los objetivos permisibles no se considerarán “trato menos favorable” vinculadas al sentido de su Art. 3 (esto es, en relación a los estándares de Nación Más Favorecida y Trato Nacional).

¹⁹³ *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*. ARB/03/9(Award)(Septiembre 5, 2008), parr. 205.

¹⁹⁴ *Ibid.*, parr. 197.

¹⁹⁵ Burke-White and Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 331.

¹⁹⁶ *Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, Art. XI.

¹⁹⁷ *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*. ARB/03/9(Award)(Septiembre 5, 2008), parr. 164.

¹⁹⁸ *Protocol to the Agreement between the People’s Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, 2003, Art. 4.

Esta consideración bipartita con sus efectos en las protecciones del tratado es debatida por Diane Desierto, en particular, en conexión con el TBI Argentina-Estados Unidos. Según ella, la calidad de rango absoluto no se encuentra en ninguna parte del Art. XI del TBI, el texto solamente establece medidas que no están limitadas por parte del Tratado.¹⁹⁹ El argumento de Desierto descansa en que las demás estipulaciones del Tratado establecen de manera expresa la reserva de algunos derechos y limitaciones de otras medidas (por ejemplo, el Art. IV).²⁰⁰ En consecuencia, el silencio trabaja a favor de que la cláusula no se aplique a todo el tratado de manera automática, sin embargo, el rango de la cláusula y los efectos que produce su invocación son temas distintos.

No hay duda de que el rango del Art. XI es aplicable a todo el TBI, ni siquiera para Desierto cuando menciona que: “[t]extually, all that Article XI refers to are measures which are not precluded from application by the Treaty”.²⁰¹ Dicho de otra forma, no existe elemento alguno del TBI que impida la aplicación de las *NPM*, sin embargo, el efecto de aplicarlas (ilicitud o licitud) se abre al debate presentado por la autora ante el silencio del Art. XI en cuanto al rango del mismo. Este debate, al tratarse de los efectos que produce el invocar con éxito una *NPM* como el Art. XI, será analizado en el Capítulo III del presente trabajo.

2.4.3. Objetivos Admisibles bajo el Tratado

Los objetivos admitidos bajo las *NPM* delimitan el espacio dentro del cual el Estado podrá tomar las medidas que de otra manera serían contrarias a las protecciones del tratado en cuestión.²⁰² De esta manera, los objetivos representan el campo de acción disponible al Estado bajo cada instrumento y por tanto pueden variar considerablemente en su redacción.

A diferencia de la variedad constante que existe en la identificación del nexo, muchos de los objetivos admisibles se ven de manera constante en los TBIs y otros tipos de tratados internacionales. Burke-White y von Staden identifican algunos de los más comunes: seguridad, paz y seguridad internacionales, orden público, salud pública,

¹⁹⁹ Desierto, “Necessity and Supplementary Means of Interpretation of Non-Precluded Measures in Bilateral Investment Treaties,” 876.

²⁰⁰ Ibid., 877-882.

²⁰¹ Ibid., 876.

²⁰² Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 332.

moral pública y otras circunstancias como emergencia extrema.²⁰³ Los primeros tres serán analizados a razón de su presencia en el Art. XI y por ende, por la influencia que exhibe en el presente trabajo.

2.4.4. Seguridad

Los objetivos de este conjunto permiten al Estado actuar en protección de sus intereses de seguridad. Esta primera categoría objetivos es quizás la más relevante dentro del presente trabajo dada su presencia ubicua en los TBI de Estados Unidos.

Al tratarse de una mayoría de instrumentos bilaterales, el lenguaje de cada *NPM* varía con frecuencia. Los TBIs de Alemania utilizan la formulación “public security”²⁰⁴ (seguridad pública) mientras que la práctica de los Estados Unidos y la India utilizan la frase “intereses esenciales de seguridad”.²⁰⁵ Esta segunda fórmula es la que se halla también en el Art. XI del TBI Argentina-Estados Unidos y ha sido sometida a constante escrutinio por los tribunales de inversiones.

El problema de interpretación hallado en el nexo vuelve a hacerse presente en la descripción de los objetivos. Las diferentes formulaciones no permiten una definición estándar de seguridad a lo largo y ancho de los TBIs. Sin embargo, el elemento trascendental, a pesar de las variaciones del lenguaje, se traduce en como la “seguridad esencial” o “seguridad” de un Estado son definidos²⁰⁶ ya sea en el TBI o por medio de su interpretación en el caso concreto.

El Art. XI del TBI Argentina-Estados Unidos contiene una frase que ha sido sujeta a una variedad de interpretaciones. El TBI habla de la protección de los “propios intereses esenciales de seguridad” del Estado.²⁰⁷ Esta frase no define un contenido particular y ni el TBI o su protocolo presentan una idea concreta sobre su definición. Esta referencia podría ser muy estricta, como el caso de un conflicto armado; o ser de menor exigencia,

²⁰³ Ibid., 332-334.

²⁰⁴ *Protocol to the Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, Art. 4.

²⁰⁵ *Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Panama Concerning the Treatment and Protection of Investments*, Art. X; Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 332.

²⁰⁶ Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 349.

²⁰⁷ *Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, Art. XI.

como una emergencia nacional de otra índole.²⁰⁸ Buscando el sentido ordinario de estas palabras de acuerdo al Art. 31 de la CVDT, surgen algunas posibles prácticas jurisprudenciales.

La primera de estas soluciones se refiere a un lenguaje muy similar utilizado en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos y Panamá. En el caso de *Nicaragua*, la CIJ estuvo encargada de interpretar si las medidas tomadas por Estados Unidos podían enmarcarse dentro de los intereses esenciales de seguridad de aquel Estado. La CIJ opinó que “the concept of essential security interests certainly extends beyond the concept of an armed attack, and has been subject to very broad interpretations in the past”.²⁰⁹ Al analizar al concepto de este modo, la CIJ abrió las posibilidades de interpretación dejando de lado la exclusividad de un conflicto armado.

En el 2003, la CIJ volvió a la interpretación de “intereses esenciales” en el caso *Oil Platforms*. En esta ocasión, la CIJ recogió la aquiescencia de Irán ante los intereses presentados por parte de los Estados Unidos:

[S]ome of the interests referred to by the United States—the safety of United States vessels and crew, and the uninterrupted flow of maritime commerce in the Persian Gulf—as being reasonable security interests of the United States.²¹⁰

Esta interpretación posterior por parte de la CIJ hace posible que los intereses esenciales comprendan la navegación marítima y específicamente, el comercio. Este análisis amplía la seguridad del campo militar e incluye otros tipos de amenazas que pueden afectar a la seguridad del Estado.²¹¹

Completando esta interpretación, la práctica de los Estados Unidos en sus memoriales ante la CIJ y posteriores declaraciones muestran una concepción cambiante sobre el término. En la década de los 90s, la interpretación por parte de los Estados Unidos resultaba incluso más extensa que la aceptada por la CIJ en el caso de *Nicaragua*. Un ejemplo de esta postura está en la *Letter of Transmittal* presentada por el Ejecutivo ante el Senada para la ratificación del TBI entre Mongolia y Estados Unidos. En este documento, se presenta un reporte con la interpretación por parte del Ejecutivo de los Artículos del TBI. El Art. X del instrumento contiene la misma redacción que el

²⁰⁸ Burke-White and Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 349.

²⁰⁹ *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Judgement on Merits)*, parr. 224.

²¹⁰ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) (Judgement on Merits)* parr. 196 (International Court of Justice 2003).

²¹¹ Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 351.

XI del TBI Argentina-Estados Unidos. Sobre la definición de “intereses esenciales” el documento dice lo siguiente:

Measures permitted by the provision on the protection of a Party's essential security interests would include security-related actions taken in time of war or national emergency; actions not arising from a state of war or national emergency must have a clear and direct relationship to the essential security interest of the Party involved.²¹²

La postura de los Estados Unidos sitúa a los intereses esenciales principalmente en el ámbito de guerra o emergencia nacional. Sin embargo, permite una interpretación más amplia si el nexo es suficientemente cercano. Burke-White y Von Staden estiman que esta será la interpretación que gobierne en los TBIs de Estados Unidos, en la medida que sea comunicada a la otra parte del tratado.²¹³

De manera más reciente, los Estados Unidos buscan activamente limitar el rango de aplicación de las *NPM* por medio de un análisis profundo de estas cláusulas en su TBI modelo. En relación a los intereses esencial de seguridad, una posible interpretación para el futuro está en que “the essential security exception should not be relied upon to justify BIT-inconsistent measures adopted to advance predominantly economic objectives.”²¹⁴ Así también, para poder utilizar esta excepción, el Advisory Committee on International Economic Policy sugiere que la invocación sea de la siguiente manera:

[M]easures adopted for the protection of the Party's essential security should accord with the principles the United States and other OECD countries have adopted with respect to the invocation of national security in the context of inward investment. These OECD principles include proportionality, transparency, and accountability.²¹⁵

La definición del concepto “intereses esenciales de seguridad” continúa siendo un problema para los tribunales de inversiones. En este contexto las guías presentadas por los Estados Unidos pueden resultar útiles en la interpretación adecuada de este concepto en relación a sus *NPM*. El resultado en la práctica de los tribunales de inversiones ha sido el reconocer la crisis en Argentina como un ejemplo claro que involucra un interés

²¹² William J. Clinton, “Investment Treaty With Mongolia Message From The President Of The United States Transmitting (Letter of Transmittal)”, June 26, 1995, 11, <http://www.state.gov/documents/organization/43579.pdf>.

²¹³ Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 352.

²¹⁴ Advisory Committee on International Economic Policy, *Report of the Subcommittee on Investment of the Advisory Committee on International Economic Policy Regarding the Model Bilateral Investment Treaty*, Septiembre 30, 2009, <http://www.state.gov/e/eeb/rls/othr/2009/131098.htm>.

²¹⁵ Ibid.

esencial del Estado.²¹⁶ Si bien, algunos de estos tribunales han combinado los requisitos del Art. 25 del proyecto de la CDI con el Art. XI del TBI Argentina-Estados Unidos, no dejan de ser claros en un punto: una crisis de la magnitud que se vio en Argentina satisface el lenguaje del Art. XI en relación al objetivo de seguridad.

Por medio de esta práctica se puede obtener un cuadro de acción para el Estado que invoque el concepto de seguridad bajo los TBIs con Estados Unidos. Por una parte se encuentra el ejemplo más claro, una guerra o emergencia nacional de acuerdo a la CIJ en *Nicaragua* que también abre la interpretación hacia otros espectros menos exigentes. Por el otro lado del margen de acción, está el estándar más laxo. Se trata de una crisis generalizada como el caso de Argentina ante la cual los tribunales de inversiones han hecho referencia. Este margen de acción podrá verse afectado en el futuro por requisitos más exigentes como los presentados por el Advisory Committee on International Economic Policy, sin embargo, una definición clara e inequívoca de seguridad, incluso bajo los TBIs de Estados Unidos, no es aún posible.

2.4.5. Orden Público

El “orden público” es otro objetivo admisible que ha sido constantemente invocado en los casos en contra de Argentina. Es además uno de los objetivos que se hallan con mayor frecuencia en las *NPM*.²¹⁷ El “orden público” es un concepto problemático que se halla en varias ramas del derecho, incluyendo con prominencia, en el Derecho Internacional Privado.²¹⁸

Este es un concepto que presenta marcadas diferencias de acuerdo al sistema civilista o de common law. En la tradición anglosajona, el “orden público” se refiere principalmente a situación de disturbios en las calles y la aplicación del derecho penal. Por otra parte, en el sistema civil, se tiene al “orden público” como un concepto más general que involucra a los valores de la sociedad en concreto.²¹⁹ En este sentido, “it is a

²¹⁶ *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*. ARB/03/9(Award)(Septiembre 5, 2008), parr. 178; *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*. ARB/01/8 (Laudo del Tribunal - Mayo 12, 2005), parr. 359; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*. ARB/02/1 (Decisión Sobre Responsabilidad) (Octubre 3, 2006), parr. 238; *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. ARB/01/3 (Decision on Annulment) (March 07, 2008), parr. 332.

²¹⁷ Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 357.

²¹⁸ Ekkehard Regen, “Ordre Public”, 2010, <http://www.ordrepUBLIC.de/english.php>.

²¹⁹ Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 357.

commonplace observation that the world arena today exhibits a number of systems of public order, each demanding and embodying values of human dignity in very different degree”.²²⁰ Esta distinción marcada entre los conceptos de los dos sistemas se evidenció con fuerza en *Enron*. En el fallo se puede observar como la visión de los demandantes (common law) colisionaba con aquella presentada por el Estado Argentino (de orden civilista).²²¹ Efectivamente, la posición tradicional de los Estados Unidos frente a este lenguaje (Art. XI) es que “[t]he maintenance of public order would include measures taken pursuant to a Party's police powers to ensure public health and safety”.²²² A pesar de que el Tribunal en *Continental* incluyó esta definición como el “significado ordinario” del concepto en español y en francés,²²³ la posición presentada por Argentina se acerca al concepto más general situado en el derecho civil.²²⁴

La comparación presentada en el párrafo precedente demuestra que no es posible asumir un significado único para el objetivo; incluso en cláusulas en un mismo idioma y con el mismo fraseo.²²⁵ El concepto de “orden público” resulta siempre complejo y sugiere un análisis medurado por parte del tribunal que lo admita. La idea está cargada de subjetividad por parte del Estado que lo incluye en el tratado y su significado podrá variar tanto como la misma redacción de las *NPM*.

2.4.6. Paz y Seguridad Internacionales

El lenguaje particular de las cláusulas que contienen este objetivo parecen acercarlas a los conceptos de seguridad y orden público antes analizados. Sin embargo, el contenido de este objetivo no guarda una relación con los intereses del Estado que lo invoca sino con otras obligaciones bajo el derecho internacional.

El entendimiento tradicional de este objetivo se ve recogido de manera expresa en el TBI modelo de Canadá del Año 2004. En este instrumento modelo, se determina que

²²⁰ Myres S. McDougal and Harold D. Lasswell, “The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order,” *The American Journal of International Law* 53, no. 1 (Enero 1, 1959): 1.

²²¹ *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. ARB/01/3 (Laudo)(Mayo 22, 2007), parr. 324, 338.

²²² Clinton, “Investment Treaty With Mongolia Message From The President Of The United States Transmitting (Letter of Transmittal),” 11.

²²³ *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*. ARB/03/9(Award)(Septiembre 5, 2008), parr. 174.

²²⁴ *Sempra Energy International v. Argentine Republic*. ARB/02/16 (Laudo)(Septiembre 28, 2007), parr. 366-67.

²²⁵ Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 360.

nada en el acuerdo impedirá que los Estados adopten las medidas necesarias “in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security”.²²⁶ La inclusión del tratado específico al que se refiere el instrumento es novedosa ya que aclara que se trata de las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas. Burke-White y Von Staden anotan que “[t]his provision is generally understood to allow states to take actions mandated by the UN Security Council in furtherance of its ‘primary responsibility for the maintenance of international peace and security’”²²⁷

A diferencia de la mayoría de los objetivos presentes en las *NPM*, la paz y seguridad internacionales posee una relación directa con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.²²⁸ Esta circunstancia facilita la interpretación consistente del término y por ende un nivel de seguridad mayor para los Estados e inversionistas que se involucran en los TBIs.

2.4.7. Otros Objetivos Permitidos

Es posible identificar una multitud de objetivos permitidos bajo los diferentes regímenes de inversiones o de otra índole. El presente trabajo no tiene el propósito de encontrar todas las posibles formulaciones sino hallar su relevancia al momento de ser interpretados. En esta óptica, los tres objetivos enunciados son los más hallados en TBIs y son el componente principal del Art. XI del TBI Argentina-Estados Unidos. Con todos los problemas que presenta su interpretación, resulta importante tener en cuenta sus elementos para poder establecer una distinción clara entre los elementos de las *NPM* y la defensa de necesidad.

2.5. Revisión Posterior de las Cláusulas NPM

El último elemento que analizaré en relación con las *NPM* es la facultad de revisión posterior que posee un tribunal en particular en la solución de controversias. La revisión está íntimamente ligada con la naturaleza que posee la cláusula *NPM* en cuestión. Si la

²²⁶ *Canada Model Foreign Investment Protection Agreement 2004*, 2004, para. 10(4)(c), <http://ita.law.uvic.ca/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>.

²²⁷ Burke-White and Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 355; *Carta de las Naciones Unidas*, 1945, para. Art. 24, <http://www.un.org/es/documents/charter/>.

²²⁸ Clinton, “Investment Treaty With Mongolia Message From The President Of The United States Transmitting (Letter of Transmittal),” 11.

cláusula está determinada para ser no-discrecional (*not self-judging*) las facultades del tribunal son mucho más amplias. De manera opuesta, si la cláusula está construida para ser discrecional (*self-judging*) los poderes de un tribunal para analizar la actuación del Estado se disminuyen. .

La discrecionalidad de una cláusula se traduce en general al grado de deferencia o discreción que se le otorga a un Estado para determinar la licitud de las medidas tomadas.²²⁹ “As a consequence, self-judging clauses allow for the playing out of unilateral considerations in an international regime that is generally based on cooperation between States”.²³⁰

Existe una diferencia conceptual sutil en cuanto a la deferencia y la discrecionalidad. La discreción supone que el Estado es quién decide la caracterización de su actuación como lícita o ilícita bajo el derecho internacional (en relación al lenguaje de la cláusula). El que un tribunal u otro Estado pretenda entrar en este ámbito sería impropio bajo el tratado. Por otra parte, la deferencia se refiere al grado que posee el Estado para que sus acciones no sean analizadas. La deferencia depende también del lenguaje del tratado pero que no está relacionado con un derecho del Estado sino con las limitaciones que se imponga en la revisión de un tribunal dado. Por este motivo, el invadir este margen de apreciación no sería ilícito.²³¹ Schill y Brieze conceden, sin embargo, que “[i]n practice, however, both deference and the discretion provided by self-judging clauses function similarly and lead to a reconciliation between State sovereignty and court-monitored international cooperation.”²³²

2.5.1. Cláusulas No-Discrecionales

Las cláusulas no-discrecionales se encuentran en el espectro de mayor revisión por parte de los tribunales. Burke-White y Von Stadense refieren al ámbito más amplio revisión pertinente a estas cláusulas como “full substantive and conclusive review”.²³³

El silencio en un tratado será interpretado generalmente a favor de que la *NPM* sea no-discrecional. Este efecto proviene de manera natural en base a la interpretación

²²⁹ Stephan Schill y Robyn Brieze, “‘If the State Considers’: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement,” *Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 13* (BRILL, 2009), 4, law.anu.edu.au/ANZSIL/Conferences/2008/Robyn%20Brieze.pdf.

²³⁰ Ibid.

²³¹ Ibid., 10.

²³² Ibid.

²³³ Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 368.

detallada por el Art. 31 de la CVDT. Si está ausente un lenguaje que otorga deferencia alguna, entonces no es posible interpretar el sentido ordinario de dicho término. Esto favorece la interpretación de la mayoría de las *NPM* como no-discrecionales ya que estas “deben redactarse expresamente de modo de reflejar esa intención, pues de otra manera bien puede existir la presunción de que ellas no tienen ese significado habida cuenta de su naturaleza excepcional”.²³⁴

Esta generalización en la interpretación y el silencio en grado de deferencia tampoco se traducen de manera automática en una presunción a favor de la revisión absoluta. No puede adoptarse una revisión en la a cual el árbitro o juez pueda reemplazar con sus visiones el análisis y las medidas tomadas por el Estado. Aquí, los mismos límites del instrumento y la soberanía del Estado detienen la revisión. Por ejemplo, el margen de apreciación que posee el Estado en determinar el contenido de algunos objetivos admisibles limita la revisión por medio del lenguaje mismo del instrumento.²³⁵ Esta revisión sustantiva y conclusiva se refiere entonces a determinar si el Estado ha actuado de acuerdo a sus obligaciones internacionales y no juzgar si las políticas del Estado fueron adecuadas o no.²³⁶

La interpretación del nivel de deferencia en las *NPM* resulta problemático dado su lenguaje ambiguo. Los tribunales en *Enron*, *Sempra*, *LG&E* y *CMS* llegaron a la misma conclusión tras extensos debates. Establecieron que no existía evidencia para determinar que el Art. XI del TBI Argentina-Estados Unidos era de carácter discrecional.²³⁷ Así también, la CIJ impidió que Estados Unidos utilice la *NPM* en el caso *Nicaragua* para escapar de la jurisdicción de la Corte. Estados Unidos alegaba que el Art. XXI del Tratado era discrecional y que por tanto no solo su revisión sustantiva escapaba de la CIJ sino incluso su jurisdicción para revisarla.²³⁸

²³⁴ *Sempra Energy International v. Argentine Republic*. ARB/02/16 (Laudo)(Septiembre 28, 2007), parr. 379.

²³⁵ Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 371.

²³⁶ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*. ARB/01/8 (Laudo del Tribunal - Mayo 12, 2005), parr. 159.

²³⁷ *Ibid.*, parr. 373; *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. ARB/01/3 (Laudo)(Mayo 22, 2007), parr. 339; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*. ARB/02/1 (Decisión Sobre Responsabilidad) (Octubre 3, 2006), parr. 212; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*. ARB/02/16 (Laudo)(Septiembre 28, 2007), 388.

²³⁸ *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (Judgement on Merits), 116.

La determinación de una cláusula como no-discrecional no parece ser un ejercicio muy complejo dada la interpretación general de los tratados. Sin embargo, en cláusulas con lenguajes y contextos más ambiguos, el determinar el grado de deferencia puede ser crucial para evitar o apoyar nociones como la propuesta por Estados Unidos en el caso de *Nicaragua*. Burke-White y Von Staden sugieren importar el margen de apreciación de la CteEDH para así otorgarle mayor legitimidad al sistema del CIADI. Por medio de esta tesis, se podría reconocer el hecho de que muchas en áreas reguladas de la actividad humana existen varias posibles medidas que cumplen con el estándar estipulado por un instrumento internacional y que, en primer término, les corresponde a las autoridades locales el determinar cuál es la más apta.²³⁹

2.5.2. Cláusulas Discrecionales

Determinar la redacción de una *NPM* como discrecional resulta un tanto más sencillo que hacer lo contrario. Como se estableció en el punto anterior, el lenguaje expreso en la cláusula determinara esta característica y por tanto el ámbito de revisión del tribunal será reducido de manera sustancial (sujeto a las exigencias del lenguaje mismo del tratado).

El lenguaje común utilizado por estas cláusulas es una referencia a la consideración del Estado dentro de la *NPM*. Un ejemplo de esta circunstancia es la inclusión de la frase “that it considers necessary” en el TBI modelo de Estados Unidos a partir del 2004.²⁴⁰ A diferencia del Art. XI contenido en el TBI Argentina-Estados Unidos, el TBI modelo contiene una *NPM* que es expresamente de carácter discrecional.

Antes del 2004 existía evidencia externa muy persuasiva de que incluso ante el silencio del TBI, las *NPM* en instrumentos con Estados Unidos (tal como el Art. XI) se consideraban discrecionales.²⁴¹ Esta circunstancia tiene sentido con la política externa de Estados Unidos y la posibilidad de reservar para ellos un rango de acción más amplio. Sin embargo, el posible resultado de esta interpretación en los tribunales de *Enron*, *Sempra* y *CMS* podría haber sido desastroso para su régimen de inversiones. No es sorprendente que estos los tribunales hayan determinado que el Art. XI es no-

²³⁹ Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 374.

²⁴⁰ *United States 2004 Model BIT*, 2004, Art. 18,
www.ustr.gov/sites/default/files/U.S.%20model%20BIT.pdf.

²⁴¹ Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 381-385.

discrecional dada la carga de la prueba necesaria en este tema pero la posibilidad existía.²⁴² Esta inseguridad podría llevar a que las *NPM* en futuras negociaciones con Estados Unidos sean caracterizadas claramente como no-discrecionales. El argumento se construye con facilidad para la política externa de este país ya que la inclusión de cláusulas discrecionales en este tema “puts at risk major U.S. investments overseas by essentially permitting foreign governments to invoke this exception for specious reasons while rendering a claim largely, if not wholly, unreviewable”.²⁴³

La preocupación de los Estados Unidos sobre este tema no es infundada. Si las *NPM* en los TBIs deben interpretarse como discrecionales, entonces el margen de revisión posterior se disminuye drásticamente. Aún siendo este el caso, una cláusula *NPM* discrecional no puede escapar totalmente de la revisión de un tribunal. La revisión que sigue existente en estas cláusulas será aquella contenida en el Art. 26 de la CVDT, es decir, una revisión de “buena fe”.²⁴⁴ Bajo este principio recogido en la CVDT, un Estado no podría descasar su defensa bajo la *NPM*. Si la invoca solamente para escapar de sus obligaciones, con el conocimiento de que el tribunal no puede revisar su actuación en este respecto, se estaría violando claramente el principio.²⁴⁵ El efecto de una actuación de tal magnitud admite que “[w]here the State’s invocation of the clause cannot be justified in good faith, the State must bear the costs of its actions”.²⁴⁶

²⁴² Desierto, “Necessity and Supplementary Means of Interpretation of Non-Precluded Measures in Bilateral Investment Treaties,” 102.

²⁴³ Advisory Committee on International Economic Policy, *Report of the Subcommittee on Investment of the Advisory Committee on International Economic Policy Regarding the Model Bilateral Investment Treaty*.

²⁴⁴ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 1969, Art. 26, http://www.oas.org/XXXVGA/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf.

²⁴⁵ Burke-White and Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 378.

²⁴⁶ *Ibid.*

2.6. Conclusiones del Capítulo

Las *Non-Precluded Measures* se constituyen como figuras autónomas y de suma importancia en el derecho internacional, específicamente, en el área de las inversiones extranjeras. Su complejidad y adaptabilidad hacen que la interpretación de estas cláusulas sea un verdadero problema para los tribunales y no es posible ni práctica el buscar una solución única a esto.

Este tipo de cláusulas poseen una historia y desarrollo profundo. Tienen una íntima conexión con la doctrina de necesidad pero son claros ejemplos de obligaciones primarias y por tanto distintas a las circunstancias que excluyen la ilicitud. Al profundizar en la anatomía y razonamiento de las *NPM* se puede evidenciar las divergencias sustanciales que poseen ante el estado de necesidad. Esta diferenciación presentada por su contenido sustantivo, su justificación teórica, su fuente de autoridad legal y su rango de aplicación resulta determinante para el presente trabajo. Una vez determinado con claridad los lugares específicos en el derecho internacional para ambas figuras, es posible continuar y analizar qué consecuencias jurídicas tiene en la compensación el hecho de invocarlas. El siguiente capítulo se ocupará de esta constante interacción a razón de los TBIs y en base a la experiencia de Argentina.

3. Consecuencias Jurídicas de la Invocación de la Doctrina de Necesidad en la Compensación

El último capítulo de este trabajo está dividido en cuatro secciones. La primera de estas secciones establece los efectos o consecuencias que posee el invocar del estado de necesidad en el derecho internacional en general; basado en las reglas consuetudinarias y resaltando algunas contribuciones propuestas por los tribunales de inversiones. La segunda sección analiza el régimen establecido por el Artículo 27 del proyecto de la CDI y sus características específicas en la compensación. La tercera sección del capítulo utiliza las conclusiones de la invocación de necesidad para determinar una relación que ha sido motivo de debate en los casos Argentinos ante el CIADI; la interacción e interpretación entre las *NPM* situadas en el TBI y el estado de necesidad del derecho internacional consuetudinario. Finalmente, la cuarta sección pretende establecer un régimen de compensación bajo el sistema escogido en la sección anterior tomando en cuenta las características propias del régimen de inversiones mientras éste interactúa con el derecho internacional consuetudinario.

3.1. Consecuencias Jurídicas de Invocar el Estado de Necesidad en el Derecho Internacional en General – Límites Externos a la Compensación

El presente trabajo ha analizado la problemática que existe cuando se coloca en una balanza a dos grupos de intereses. En un extremo, están los intereses del Estado bajo una situación de emergencia y en el otro, su deber de actuar de acuerdo sus obligaciones internacionales. Una vez determinado claramente qué elementos constituyen el estado de necesidad y cómo invocarlo, se vuelve crucial el notar que efectos produce esta invocación. Esta primera sección se enfoca particularmente en los efectos jurídicos que produce el utilizar esta defensa ante un acto no conforme con una obligación internacional. El estudio en la siguiente sección se concentra en las consecuencias jurídicas que produce el invocar el estado de necesidad desde la perspectiva del derecho internacional consuetudinario. Las consecuencias permiten conocer cuál sería el resultado “puro” (o puramente consuetudinario) de que un Estado descansa su defensa en el estado de necesidad. Al separar estas consideraciones se pueden trazar los límites externos a la compensación.

Las consecuencias jurídicas derivadas de invocar la defensa en esta sección primera se refieren expresamente a la compensación, sin embargo, su análisis en conjunto y características permiten examinar en qué situación se encuentra un Estado una vez que ha descansado su defensa en el estado de necesidad. Al establecer con mayor claridad la situación, se evidencia como todas estas consecuencias son guías para determinar la compensación debida en el caso concreto.

En 1999 y en la víspera de la segunda de lectura de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, James Crawford emitió su Segundo Reporte sobre Responsabilidad de los Estados. En su *addendum* segundo, mencionado varias veces en este trabajo, Crawford recoge las consecuencias jurídicas en general al invocar una circunstancia que excluye la ilicitud.²⁴⁷ El Relator llamó a esta sección “incidentes procedimentales y otros incidentes producidos al invocar las circunstancias que excluyen la ilicitud”.²⁴⁸ Aunque la rúbrica de la sección sea general, a continuación se determinan estos “incidentes” o consecuencias, según el estudio de Crawford; y con un énfasis en las características particulares de la doctrina de necesidad. Estos incidentes constituyen los límites externos de la compensación en el derecho consuetudinario.

3.1.1. Temporalidad

El comentario general al Cap. V, y tanto los Art. 25 como el 27 de los Artículos sobre Responsabilidad Internacional establecen con claridad este primer elemento. El estado de necesidad (y en general las demás circunstancias del Cap. V) solo excluye la ilicitud del acto mientras las circunstancias excepcionales existan y satisfagan los requisitos para su invocación.²⁴⁹

A razón de las varias opiniones por parte de los relatores,²⁵⁰ el Art. 27 del Proyecto recoge de manera expresa el efecto que producen las circunstancias del Cap. V sobre la obligación. Este artículo es una cláusula “sin perjuicio de” ya que maneja ciertos incidentes derivados de la invocación de las circunstancias que excluyen la ilicitud. En este contexto, “sin perjuicio” supone no cerrar automáticamente la puerta para ciertas

²⁴⁷ Crawford, *Second report on State responsibility Addendum 2 (A/CN.4/498/Add.2)*, 50.

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ Ibid., parr. 348.

²⁵⁰ Por ejemplo, ver Ibid.

consideraciones en razón de la operación de las circunstancias.²⁵¹ La primera consideración derivada del lenguaje en el Art 27 (a) es que no excluye la posibilidad de que se reanude la obligación en cuestión una vez que las circunstancias que excluyen la ilicitud dejan de existir. Dicho de otro modo, el Art. 27 (a) establece que el Cap. V sólo posee un efecto de preclusión o suspensión sobre la obligación. Una vez que la situación excepcional ha cesado, la obligación deberá restablecerse.²⁵² Este efecto producido por las circunstancias del Cap. V se recoge en dos casos: el arbitraje de *Rainbow Warrior* y el caso sobre el proyecto de *Gabčíkovo-Nagymaros*.

En el primero de estos casos, Francia propuso un argumento en base a fuerza mayor y peligro extremo para justificar la remoción y el no retorno del Mayor Mafart de la Isla de Hao. El Tribunal analizó las dos figuras tomando en cuenta la posibilidad de que también el estado de necesidad estuviese presente. Así redujo los requisitos materiales de las tres figuras para determinar si era posible que una circunstancia excluyera la ilicitud de los actos de Francia.²⁵³ El Tribunal no examinó específicamente qué figura permitió a Francia evitar la ilicitud del acto de remover al Mayor Mafart. Sólo se limitó a exponer que permitir su salida de la Isla de Hao por razones de urgencia médica se condujo de acuerdo a las consideraciones anteriores, es decir, en relación las tres figuras que excluyen la ilicitud.²⁵⁴

Por un lado, el Tribunal razonó que Francia no cometió un ilícito al permitir la salida del Mayor Mafart de la Isla de Hao ya que el hecho estaba justificado por la urgencia médica de las circunstancias.²⁵⁵ Por otra parte, el Tribunal estimó que la situación excepcional en relación al Mayor Mafart había cesado para el año 1988. Bajo esta noción, Francia debía reanudar su obligación y retornar al Mayor a la Isla de Hao de inmediato. De este modo, el hecho de no devolver al Mayor a la Isla fue reconocido como una violación material ante las obligaciones contraídas por Francia.²⁵⁶

Este caso ilustra la reanudación de la obligación una vez que la circunstancias excepcionales han cesado. Francia fue hallada culpable de haber violado sus

²⁵¹ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 86.

²⁵² Ibid., 85-86 Article 27. Consequences of invoking a circumstance precluding wrongfulness The invocation of a circumstance precluding wrongfulness in accordance with this chapter is without prejudice to: (a) compliance with the obligation in question, if and to the extent that the circumstance precluding wrongfulness no longer exists.

²⁵³ *Rainbow Warrior Arbitration*, 255.

²⁵⁴ Ibid., parr. 80.

²⁵⁵ Ibid., 259.

²⁵⁶ Ibid., 259 & 275.

obligaciones internacionales ya que una vez que la urgencia médica del Mayor Mafart había cesado, el Estado estaba bajo el deber de retornarlo a la Isla de Hao; evento que, en el caso, no ocurrió.

En *Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ sostuvo una posición similar. La Corte estableció que incluso demostrada la existencia del estado necesidad, esto no suponía una condición para la terminación del Tratado entre Hungría y Eslovaquia. Además, sobre los efectos generales, dispuso que la obligación en cuestión se encuentra suspendida durante el período de necesidad; es decir, es inefectiva mientras duran las circunstancias excepcionales.²⁵⁷ “En cuanto el estado de necesidad cesa, el deber de cumplir con la obligación en cuestión revive”.²⁵⁸

Se evidencian dos problemas en cuanto a la aplicación temporal. Sobre el primero, Crawford anota que la circunstancia fáctica podría verse al mismo tiempo como exclusión de ilicitud o como una violación material del tratado en base al Art. 60 de la CVDT.²⁵⁹ Esta dualidad fue señalada ya en el primer capítulo en base al ejemplo del Relator sobre fuerza mayor y la imposibilidad de ejecución. La conclusión de nuevo sería que ambas figuras están dominadas por sus ramas particulares del derecho internacional y por tanto su caracterización como una u otra dependerá de la esfera de que provenga el análisis. En cuanto al segundo problema, no cabe duda de que el deber de continuar con la obligación se resume una vez que las circunstancias excepcionales desaparecen. La obligación puede ser reanudada en todo o su operación restablecida completamente en principio. Sin embargo, el modo particular de continuar con la ejecución de la obligación deberá ser resuelto en el caso concreto.²⁶⁰

La incidencia de esta característica sobre la compensación debida en el caso concreto resulta de manera lógica. La compensación debida durante el período de necesidad se adaptará al régimen especial dado por las circunstancias; esto supone la existencia del régimen “normal” establecido por el tratado u obligación y la existencia de un régimen especial durante el período de necesidad. En la responsabilidad del Estado, esto se traduce a que existe un deber de reparar por todos los daños ocasionados por el Estado fuera del período de necesidad.²⁶¹ Este resultado no es extraño debido a

²⁵⁷ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) (Judgment)*, parr. 101.

²⁵⁸ Ibid.

²⁵⁹ Crawford, *Second report on State responsibility Addendum 2 (A/CN.4/498/Add.2)*, parr. 348.

²⁶⁰ Ibid.

²⁶¹ Ripinsky y Williams, *Damages in International Investment Law*, 341.

que una vez que desaparecen las circunstancias, el Estado no se encuentra amparado por la necesidad; deberá reanudar sus obligaciones y será posible que incurra en responsabilidad si no actúa conforme a ellas.

Esta situación de diferenciación se vio analizada en *LG&E*. Aunque la decisión es muy criticada en otros temas, el Tribunal distinguió esta característica derivada de la costumbre sin mayor problema. El Tribunal permitió a Argentina utilizar la defensa de necesidad por un período específico. El resultado particular del caso fue que durante este período, Argentina no incurrió en responsabilidad internacional y no se le impuso la obligación de pagar compensación.²⁶² Durante el período no cubierto por la necesidad, el Tribunal halló que Argentina había incumplido con varias de sus obligaciones internacionales halladas en el TBI.²⁶³ Éste período no cubierto se constituyó por el tiempo anterior a la necesidad así como cuando la circunstancia cesó. De este modo, el Tribunal también estimó que Argentina había violado las protecciones del TBI al no retomar sus obligaciones una vez que la necesidad había cesado.²⁶⁴

La decisión de *LG&E* es importante ya que establece con claridad la obligación por parte del Estado de responder por los daños fuera del período de necesidad. Por tanto, determina un primer límite a la pregunta propuesta en este capítulo. Por supuesto, en relación a este trabajo, la pregunta consiste en si también existe la obligación de compensar por los daños sufridos durante el período de necesidad; pregunta que se tratará tanto en la sección segunda como cuarta de este capítulo.²⁶⁵

3.1.2. Carga de la Prueba

El comentario general al Cap. V establece que los Artículos sobre Responsabilidad no lidian con varios temas, entre ellos, aquellos relativos a la jurisdicción y otros relacionados con la evidencia y la carga de la prueba.²⁶⁶ Este evento se produce naturalmente ya que estos elementos no son parte de las reglas secundarias sino que una regla primaria como un tratado los establecerán.

²⁶² *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic. ARB/02/1 (Decisión Sobre Responsabilidad) (Octubre 3, 2006)*, parr. 267 (d).

²⁶³ *Ibid.*, 80-81.

²⁶⁴ *Ibid.*, parr. 266.

²⁶⁵ *Ibid.*, 341.

²⁶⁶ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 72.

En el caso de la carga de la prueba, además de las reglas primarias, existe un principio establecido en el derecho internacional el cual estima que la responsabilidad del Estado no se presume.²⁶⁷ El comentario general al Cap. V recoge este principio al establecer como consecuencia que en una disputa bilateral entre Estados, la carga de la prueba recae generalmente en el Estado que realiza el reclamo.²⁶⁸

La carga de la prueba se invierte en el caso de las circunstancias del Cap. V y por tanto, cuando un Estado esgrime la necesidad como excusa, es su papel el justificar el uso de esta figura.²⁶⁹ Este resultado no es solamente una referencia a la necesidad de probar lo afirmado sino que parte también de una razón práctica; el Estado será muchas veces el único conocedor de los eventos que generan las circunstancias excepcionales.²⁷⁰

Este entendimiento tradicional se ha visto también recogido en las decisiones de Argentina en el foro del CIADI. *Total S.A* es un ejemplo reciente del manejo del principio en este ámbito. En este caso, la carga de la prueba sobre Argentina fue un elemento determinante en la decisión. El Tribunal no vio satisfechos los requisitos de “único medio” y “peligro grave e inminente” en razón de que el Estado no los había acreditado con suficiencia.²⁷¹ Incluso estableció que la carga para demostrar los elementos del Art. 25 era una “defensa positiva” correspondiente a Argentina.²⁷² Motivado por estos hallazgos, el Tribunal desechó todas las defensas de Argentina en relación al estado de necesidad.²⁷³

Sin embargo, el fallo de *LG&E* se distancia de esta línea en un punto particular. La divergencia recae sobre si quién es el titular de la carga de la prueba (inversionista o Estado) para demostrar: (1) si el Estado ha contribuido o no la situación de necesidad y (2) si medios menos restrictivos podían haber sido tomados.²⁷⁴ Efectivamente, el

²⁶⁷ Ver, por ejemplo *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne/Royaume-Uni)* Reports of International Arbitral Awards Vol. II 615, 699 (1925) “la responsabilité internationale de l’État ne se présume pas.”

²⁶⁸ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 72.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ Crawford, *Second report on State responsibility Addendum 2 (A/CN.4/498/Add.2)*, parr. 349.

²⁷¹ *Total S.A. v. Argentine Republic. ARB/04/1 (Decisión Sobre Responsabilidad) (Diciembre 27, 2010)*, parr. 223 & 484.

²⁷² *Ibid.*, parr. 221.

²⁷³ *Ibid.*, parr. 485 (c).

²⁷⁴ Stephan Schill, “International Investment Law and the Host State’s Power to Handle Economic Crises - Comment on the ICSID Decision in *LG&E v. Argentina*,” *Journal of International Arbitration* 24, no. 3 (2007): 285.

Tribunal parece haber invertido la carga de la prueba sobre la exclusión de medios hacia el inversionista una vez que Argentina había demostrado una actitud prolija para manejarla:

El Tribunal considera que, en primer lugar, las Demandantes no han probado que el Estado Argentino contribuyera a la severa crisis que afrontaba el país; y, en segundo lugar, la actitud del Gobierno argentino ha demostrado el deseo de frenar, a toda costa, la gravedad de la crisis.²⁷⁵

La visión del Tribunal también sugiere que una vez que el Estado ha demostrado que se cumplen con los elementos de necesidad, es papel de los demandantes el probar que fueron excesivos; es decir, el incumplir con el requisito de medios necesarios “necessary” o menos restrictivos. Esto resulta del análisis por parte del Tribunal ante los argumentos de los Demandantes sobre la idoneidad de las medidas. Aquí, el Tribunal manifestó que “por su parte, los Demandantes no han suministrado al Tribunal razón alguna para considerar que tales medidas no habrían significado una solución inmediata para la crisis”.²⁷⁶

Esta consecuencia de invocar el estado de necesidad no guarda directa relación al *quantum* o a la naturaleza de la compensación. Sin embargo, a razón de la importancia que poseen los elementos procesales en casos donde se aduce a esta defensa, se puede establecer su trascendencia para que un Estado cumpla con los estrictos requisitos como sucedió en *Total S.A.* De no hacerlo, la incidencia en su responsabilidad será directa ya que no tendrá modo alguno de utilizar la defensa de necesidad.

3.1.3. Pérdida del derecho a invocar responsabilidad

Esta consecuencia está planteada por Crawford a razón de la posible convergencia entre la exclusión de la ilicitud y la exclusión de responsabilidad. Si bien su rúbrica pertenece en parte al Cap. V, el Relator plantea que la Parte II de los Artículos Sobre Responsabilidad es la sección idónea para su trato.²⁷⁷ La posible pérdida del derecho está codificada en el Art. 45 del Proyecto y se refiere a renuncia válida del reclamo por medio de una declaración expresa o actos conducentes a determinar dicha voluntad.²⁷⁸

²⁷⁵ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*. ARB/02/1 (*Decisión Sobre Responsabilidad*) (Octubre 3, 2006), parr. 256.

²⁷⁶ *Ibid.*, parr. 242.

²⁷⁷ Crawford, *Second report on State responsibility Addendum 2 (A/CN.4/498/Add.2)*, parr. 350.

²⁷⁸ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 121.

Estas circunstancias podrían evitar el reclamo de responsabilidad (o sus efectos) pero no afecta de manera sustantiva a la compensación debida en un caso de necesidad. Lo único que maneja esta consecuencia en relación a la compensación es lo siguiente. Si se pierde el derecho a invocar la responsabilidad, también se perderán los efectos derivados de la misma, es decir, no habrá compensación debida en base al mismo reclamo.

3.2. Compensación bajo el Art. 27

Esta segunda sección establece las consecuencias jurídicas en el derecho internacional consuetudinario sobre la compensación en particular. Las consecuencias jurídicas analizadas anteriormente constituyen incidentes anclados directamente a la invocación exitosa de las circunstancias del Cap. V y en particular, del estado de necesidad. Estos efectos antes mencionados sirven como un medio para establecer límites externos a la compensación bajo el derecho internacional.

Los límites pintan un cuadro general del espacio donde se hallará la compensación. En relación al límite temporal, los actos tomados sin estar amparados por la doctrina generan la obligación de reparación. En cuanto la carga de la prueba, se observó que si no se cumplen con los requisitos impuestos al Estado, la defensa falla y por tanto el deber de reparar por un ilícito surge de manera natural. Finalmente se anotó como la pérdida del derecho a invocar responsabilidad sería otro modo de evitar el pago de compensación. Aunque estos límites (derivados de las reglas secundarias) sean de suma importancia para cualquier Estado que utilice la defensa de necesidad, resultan temas incidentales en cuanto a la compensación ya que son formas de evadirla o límites externos a la misma. En este sentido, también se podría evitar la compensación si se impide la jurisdicción de un tribunal pero esto es un evento que no afecta la sustancia de la compensación en un reclamo cuando opera el estado de necesidad.

Con estas consideraciones previas, entonces debemos orientarnos hacia la pregunta planteada en la sección primera de este capítulo. ¿Existe la obligación de compensar a otro Estado por daños causados durante el periodo de necesidad? Para poder contestar esta pregunta es necesario analizar el Art. 27 de los Artículos sobre Responsabilidad ya que trata el tema de manera directa. A continuación se realizará esta revisión desde la

perspectiva del derecho internacional consuetudinario. En la sección final, en cambio, se determinará la medida en la cual los factores de la costumbre son aplicables a las disputas Estado-inversionista en relación al régimen de compensación propuesto.

Se mencionó anteriormente el Art. 27 del Proyecto en cuanto a la aplicación temporal del estado de necesidad. Este artículo se trata de “una disposición ‘sin perjuicio’, no una estipulación [.] se refiere a la “cuestión de la indemnización” y no tiene por objeto especificar en qué circunstancias la indemnización podría adeudarse, a pesar del estado de necesidad”.²⁷⁹ En el caso de la sección (b), este lenguaje permite que la invocación de las circunstancias del Cap. V no impida el análisis de la pregunta sobre la compensación debida por el acto en cuestión. Dicho de otra forma, si un Estado descansa su defensa en alguna de las circunstancias del Cap. V, esto no elimina necesariamente la obligación de compensar por los daños causados.²⁸⁰

La enunciación realizada por el Art. 27 parece generar una contradicción entre los términos mismos del Proyecto. En efecto, es indisputable que una invocación exitosa del estado de necesidad significa que los actos del Estado, que constituyen una violación de la obligación en cuestión, son excusables bajo el derecho internacional.²⁸¹ Los actos tomados de acuerdo a la rúbrica del Cap. V dejan de ser ilícitos, este es el motivo del lenguaje “exclusión de la ilicitud”.²⁸² Si el hecho deja de ser ilícito, no puede existir responsabilidad internacional a razón de un hecho internacionalmente ilícito.²⁸³ Si esta responsabilidad no se establece, tampoco pueden darse los efectos o el contenido de la misma en base a la Parte Dos del Proyecto; es decir, la compensación como remedio también es excluida.²⁸⁴

Esta lógica fue recogida por la CIJ en *Gabcikovo-Nagymaros* cuando Hungría adujo que la ilicitud de sus actos estaba excluida por la necesidad. La Corte estableció que “the estate of necessity claimed by Hungary [...] would only permit the affirmation that, under the circumstances, Hungary would not incur international responsibility by acting

²⁷⁹ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*. ARB/01/8 (Decisión Del Comité Ad Hoc Sobre La Solicitud De Anulación De La República Argentina - Septiembre 25, 2007), parr. 147.

²⁸⁰ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 85 Article 27. Consequences of invoking a circumstance precluding wrongfulness - The invocation of a circumstance precluding wrongfulness in accordance with this chapter is without prejudice to: (b) the question of compensation for any material loss caused by the act in question.

²⁸¹ Ripinsky y Williams, *Damages in International Investment Law*, 341.

²⁸² International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 71.

²⁸³ *Ibid.*, Art. 1.

²⁸⁴ *Ibid.*, 86.

as it did”.²⁸⁵ Aún ante este argumento, el Art. 27 del Proyecto deja abierta la puerta para la pregunta de la compensación. Esto se traduce en que “no existe un requisito explícito de proveer compensación en todas las circunstancias; simplemente, la compensación no se excluye de manera automática”.²⁸⁶ Para poder determinar a qué se refiere el Art. 27 cuando menciona la posibilidad de compensación es necesario referirse a su comentario aunque lamentablemente sólo tres de sus párrafos actuales se refieren al tema.

3.2.1. Régimen de Compensación establecido en el Artículo 27

Declarar que el Art. 27 del Proyecto establece un régimen específico de compensación resulta problemático. El mismo comentario establece que el subpárrafo (b) no intenta especificar bajo qué circunstancias debería ser pagada la compensación al Estado lesionado. También menciona que el rango de posibilidades descritas en el Cap. V resulta muy extenso para generar un régimen detallado aplicable a todos los casos.²⁸⁷ Esta duda presentada por la CDI sugiere una probable ausencia de claridad en cuanto al derecho aplicable a la materia. Este evento se ve exacerbado en la actualidad después de los casos que Argentina defendió ante el CIADI y sus conclusiones; que en muchas ocasiones fueron muchas veces contradictorios.

El Art. 27 está redactado de modo que su aplicación se extiende hacia todas las circunstancias que excluyen la ilicitud contenidas en el Cap. V. El motivo de esta redacción está recogido en el comentario anterior al Art. 27. En este documento, se explica que en el año 1979 se consideró añadir un párrafo adicional a la fuerza mayor en el que cual se incluyera una *provisio* semejante a la 27 (b) actual. La razón de incluir dicho texto era abrir la posibilidad de generar una obligación para el Estado que comete el acto en razón de otro acápite distinto al de la responsabilidad por hechos ilícitos internacionales. Dado que la CDI determinó que este resultado era aplicable a la demás circunstancias del Cap. V, decidió trabajar en un artículo separado que pudiera incluirlas.²⁸⁸ El trabajo de James Crawford como Relator Especial se ve recogido de manera expresa en este anterior comentario. El Relator coloca tres preguntas principales

²⁸⁵ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) (Judgment)*, parr. 48.

²⁸⁶ Ripinsky y Williams, *Damages in International Investment Law*, 342.

²⁸⁷ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 86.

²⁸⁸ International Law Commission, “Draft articles on state responsibility with commentaries thereto [Adopted by the international law commission On first reading],” 267.

en cuanto al Art. 27 y su formulación.

*¿Existe espacio dentro del Proyecto para colocar un principio de compensación cuando las circunstancias excluyen la ilicitud?*²⁸⁹

La respuesta que brinda Crawford a esta interrogante es interesante pues colisiona en un aspecto con el trabajo de Ago en la década anterior. Resalta que la posición ambigua del Art. 27 (anterior 35) es en parte debida a que la intención previa era la de lidiar con esta pregunta en la Parte Dos del Proyecto.²⁹⁰ En este contexto, la posición de Japón se vuelve relevante ya que en su comentario al anterior Art. 35 anotó dos temas importantes. El primero de estos temas consiste en que aunque la ilicitud de un acto se vea excluida por operación del Cap. V, la pregunta sobre la compensación respecto de dicha conducta puede permanecer sin resolución por parte del proyecto.²⁹¹ El segundo tema esgrimido por Japón es la utilización del término “compensación” ya que su uso se sitúa de manera natural en la Parte Dos; es decir, en el contenido de la responsabilidad por un hecho ilícito internacional. Japón estimó en su comentario que el uso de esta palabra podría llevar a un error conceptual.²⁹²

El segundo tema establecido por Japón es en donde Ago y Crawford se separan; al menos un grado. Crawford estima correcto el comentario de Japón pues supone que el término sólo se limita a la pregunta sobre la reparación por parte de un Estado en razón de las pérdidas efectivas causadas a otro Estado; esto, en el evento de que el primero descansa su defensa en las circunstancias del Cap. V. Según el Relator, este argumento no está relacionado con que un Estado pueda ser “responsable” por lesiones causadas a otros Estados por actividades lícitas sino con que la compensación sea una condición apropiada para poder utilizar la defensa.²⁹³

Ago, por otra parte, no establece que la posible compensación sea una condición propia de la defensa sino que “[t]he preclusion would therefore in no way cover

²⁸⁹ Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, parr. 339.

²⁹⁰ Crawford, *Second report on State responsibility Addendum 2 (A/CN.4/498/Add.2)*, parr. 339.

²⁹¹ International Law Commission, *State Responsibility - Comments and observations received from Governments (A/CN.4/492)* (United Nations, Febrero 10, 1999), 12.

²⁹² Ibid.

²⁹³ Crawford, *Second report on State responsibility Addendum 2 (A/CN.4/498/Add.2)*, parr. 339.

consequences to which the same act might give rise under another heading”.²⁹⁴ Ambas de estas posiciones, en principio incompatibles, pueden ser reconciliadas ya que la compensación podría deducirse como condición propia del acto en cuestión (por ejemplo, un acuerdo posterior que permita la defensa si se compensa) y también puede generar una obligación de compensar bajo otro esquema (por ejemplo, bajo la obligación general de reparar los daños causados a un tercer Estado no involucrado).

*¿A qué circunstancias del Capítulo V debería aplicarse el principio?*²⁹⁵

Si bien el lenguaje del Art. 27 se hizo extensivo a todas las circunstancias, existen consideraciones importantes relativas al Estado de necesidad. La idea de no prejuzgar la aplicación del principio proviene del rango extenso de normas primarias que podrían cambiarlo. Aún siendo este el caso, la historia de la codificación y el trabajo de Crawford demuestran que la aplicación del Art. 27 puede diferenciarse entre las circunstancias.

El Relator considera que el anterior Art. 35 (actual 27) no debe aplicarse a la legítima defensa ni a las contramedidas en razón de que ambos casos dependen de la conducta ilícita previa de otro Estado. En base al principio de Buena Fe, el Estado que actúa de manera ilícita no podría beneficiarse de la compensación debida por sus actos realizados en este modo.²⁹⁶ Crawford también estima que el Art. 27 no debe aplicarse al caso del consentimiento ni a la fuerza mayor. En el caso del consentimiento, éste puede estar supeditado al pago de un tarifa. Sin embargo, si este no es el caso, se debe entender que el Estado ha aceptado las condiciones y por tanto no habría espacio para compensar. En el caso de fuerza mayor, el Relator establece que la falta del elemento volitivo resulta en que el Estado no deba ser obligado al pago de ningún otro tipo de rubro.²⁹⁷ Finalmente, Crawford determina que “there is a strong case for compensation for actual loss where a State relies on necessity”.²⁹⁸ Sujeta esta posibilidad a que el otro Estado no haya contribuido a la situación de necesidad del Estado quien deba

²⁹⁴ Roberto Ago, *Addendum - Eighth report on State responsibility (A/CN.4/318/Add.5-7)*, parr. 18.

²⁹⁵ Crawford, *Second report on State responsibility Addendum 2 (A/CN.4/498/Add.2)*, parr. 341.

²⁹⁶ *Ibid.*, parr. 342.

²⁹⁷ *Ibid.*, parr. 343.

²⁹⁸ *Ibid.*

compensarlo.²⁹⁹ Crawford estima también que el peligro-extremo se alinea a la necesidad en este tema.³⁰⁰

¿Es el Art. 27 un derecho o una reserva?

Crawford sitúa esta última pregunta en relación con el peligro extremo y la necesidad solamente. El problema con la formulación como derecho en estos casos se deriva de la inmensa variedad de escenarios posibles y la limitada práctica jurídica que se tiene. En cambio, la forma de reserva abre la puerta a la pregunta para su posterior adecuación en el caso concreto. En efecto, esta segunda visión fue aquella seguida por los comités de anulación en los casos de Argentina ante el CIADI.³⁰¹ Además de las preguntas propuestas por Crawford, el Art. 27 contiene factores específicos para determinar la posibilidad y extensión de la compensación en el caso concreto.

3.2.2. Factores para determinar la Compensación

3.2.2.1. *El uso del Término “Compensación”*

Como se aportó anteriormente, el término “compensación” utilizado en el Art. 27 fue cuestionado por el Gobierno de Japón dado que podría generar problemas conceptuales. Esto se puede dar en dos sentidos específicos, el primero, con la implicación del término en el idioma español y el segundo, con su alcance bajo la rúbrica del proyecto.

En el primer sentido, una de las traducciones más usadas en el español se halla en la codificación de James Crawford de los Artículos sobre Responsabilidad; cuya traducción fue realizada por Luis Fonseca.³⁰² En esta traducción, el término “compensation” del inglés es reemplazado por la palabra “indemnización”. La palabra indemnización guarda concordancia con el lenguaje del proyecto en cuanto el término evoca la existencia de un acto ilícito. La idea de que el término indemnización incluya

²⁹⁹ Ibid.

³⁰⁰ Ibid., parr. 344.

³⁰¹ Ver, por ejemplo *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*. ARB/01/8 (Decisión Del Comité Ad Hoc Sobre La Solicitud De Anulación De La República Argentina - Septiembre 25, 2007), parr. 147.

³⁰² James Crawford, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado: Introducción, texto y comentarios* (Librería-Editorial Dykinson, 2004).

la noción de un ilícito es común en el idioma español en cuanto se refiere a los daños resultantes de aquel acto ilícito.³⁰³ Esto genera problemas en el capítulo de la exclusión de ilicitud ya que los daños ocasionados entonces no provienen de un ilícito sino de un acto cuya ilicitud fue excluida. Por este motivo, el presente trabajo utiliza el término “compensación” ya que su uso no depende la presencia de un ilícito y por tanto, su rango de aplicación es más amplio que el del término “indemnización”.³⁰⁴

En cuanto al alcance del término compensación, la CDI decidió continuar con el uso del término pero incluyó una aclaración en su respectivo comentario. El lenguaje del Art. 27 hace referencia a compensación en razón de “pérdidas materiales” (material loss).³⁰⁵ Esta frase se traduce en una distinción del contenido particular de la compensación. El Art. 27 se distancia del uso del término hallado en los artículos del Proyecto; en particular, del Art. 34, el cual establece la compensación como una de las formas para lograr la reparación plena.³⁰⁶

El comentario entiende el término como un concepto más restringido en comparación con el de “daño” y se limita al ajuste de pérdidas que puede ocurrir cuando una parte descansa su defensa en una de las circunstancias del Cap. V.³⁰⁷ “Esta distinción sugiere una diferencia entre las lesiones materiales o físicas a los bienes y otros tipos de daños; tales como pérdidas de ganancias futuras o intereses”.³⁰⁸ Newcombe y Paradell proponen un ejemplo de la distinción precedente:

[I]f an investor were required to supply goods or services to the state during a situation of necessity, a tribunal might order compensation to cover the investor's costs, but not for the additional profits that it would have been able to make by selling the goods at high market prices due to the emergency situation.³⁰⁹

3.2.2.2. *Acuerdo entre las Partes*

El último párrafo del Art. 27 recoge esta circunstancia de forma sucinta. Dispone

³⁰³ Irmgard Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* (Oxford University Press, USA, 2009), 10; Henry Saint Dahl, *McGraw-Hill's Spanish and English Legal Dictionary : Diccionario Juridico Ingles-Espanol*, 1st ed. (McGraw-Hill, 2003), 150; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic. ARB/02/1 (Laudo)* (Julio 25, 2007) parr. 38 (ICSID [W. Bank] 2007).

³⁰⁴ Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 12.

³⁰⁵ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” Art. 27 (b).

³⁰⁶ *Ibid.*, 86; *Ibid.*, Art. 34.

³⁰⁷ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 86.

³⁰⁸ Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Kluwer Law International, 2009), 522.

³⁰⁹ *Ibid.*

que incumbe al Estado que invoca la circunstancia el establecer un acuerdo en relación a la posibilidad y el grado de la compensación a pagarse.³¹⁰ Sin embargo, la CDI no realizó un comentario en razón de lo que sucedería si tal acuerdo no llegara a concretarse.³¹¹ Debido a que la determinación de la compensación debida se halla dentro de las competencias del tribunal que conoce el caso, no hay razón para creer que ante la falta de un acuerdo los tribunales determinen la posibilidad y el monto debido en razón a su propio análisis.³¹² Este evento se dio en cierta forma dentro del caso de *Gabcikovo-Nagymaros*. En los argumentos orales, Crawford menciona el interés de Checoslovaquia en ser compensada si los trabajos terminaban abruptamente. Este Estado conocía de la probable defensa de Hungría pero toleraría el incumplimiento si es que el último compensaba por detener actividades. Sin embargo, las negociaciones sobre la compensación nunca tuvieron éxito.³¹³ De este modo, la pregunta sobre la compensación hubiera recaído sobre la CIJ, al ser parte de su competencia, aunque esta finalmente rechazó la defensa de Hungría en el caso.

3.2.2.3. *Tercer Estado Inocente*

El tercer factor para determinar la compensación se reduce a la carga de la defensa de los intereses esenciales del Estado que invoca la circunstancia. El comentario establece que si no se abre el espacio para la pregunta, entonces el Estado que invoca una circunstancia del Cap. V podría intentar trasladar la carga de la defensa de sus intereses a un tercer Estado inocente.³¹⁴ Este principio fue recogido en el caso de *Gabcikovo-Nagymaros* cuando la CIJ estableció que “Hungary expressly acknowledged that, in any event, such a state of necessity would not exempt it from its duty to compensate its partner”.³¹⁵ Bajo esta noción, cuando un Estado es inocente, no debe soportar la carga de la defensa de los intereses de otro; así, se deberá compensación por las pérdidas causadas. De manera inversa, si el Estado que solicita la compensación tuvo relación con la situación de necesidad, la pregunta se cierra. Esto se debe a que el

³¹⁰ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 86.

³¹¹ Ripinsky y Williams, *Damages in International Investment Law*, 345.

³¹² Ibid.

³¹³ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* (Public sitting held on Wednesday 5 March 1997, at 10 a.m.) 36 (International Court of Justice 1997).

³¹⁴ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 86.

³¹⁵ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* (Judgment), parr. 48.

tercer Estado ya no es ajeno a la situación y por tanto no podrá beneficiarse de su actuación en base del principio de la Buena Fe.³¹⁶

3.2.3. La distinción entre Justificación y Excusa para la determinación de la Compensación

Durante el curso de este trabajo se han propuesto las diferencias que existen entre estas dos categorías de circunstancias. Mientras la rúbrica general del Cap. V coloca a la necesidad como una justificación, algunos sectores de la doctrina internacional (representados por Crawford) lo sitúan bajo la rúbrica de excusa. Esta distinción aparentemente inocua posee implicaciones prácticas profundas para la compensación.

3.2.3.1. *El Estado de Necesidad como Justificación*

El caracterizar el estado de necesidad como una excusa se ha revisado anteriormente durante el presente trabajo. La exclusión de la ilicitud de un acto en razón de necesidad posee un efecto particular bajo esta noción. Este efecto consiste en que el Estado también evitará las consecuencias que de otro modo hubieran derivado del acto ilícito bajo el derecho internacional.³¹⁷ Bajo esta noción, Ago establece que:

The preclusion would therefore in no way cover consequences to which the same act might give rise under another heading, in particular the creation of an obligation to compensate for damage caused by the act of ‘necessity’ would be incumbent on that State on a basis other than that of *ex delicto* responsibility.³¹⁸

Este efecto principal, derivado de la clasificación de la necesidad como justificación, ha llevado a algunos Estados a cuestionar la posibilidad de que exista compensación si se tiene éxito en la defensa. De este modo, Austria advirtió sobre el evento de que la *provisio* del Art. 27 (b) sabotee el efecto de las circunstancias del Cap. V.³¹⁹ La pregunta abierta ante la compensación en estos casos también preocupó al Gobierno de Francia cuando comentó que “[t]he draft article envisages no-fault liability. France is of the view that it should be deleted, taking into account the comment made

³¹⁶ Ripinsky and Williams, *Damages in International Investment Law*, 344.

³¹⁷ Roberto Ago, *Addendum - Eighth report on State responsibility (A/CN.4/318/Add.5-7)*, parr. 18.

³¹⁸ Ibid.

³¹⁹ International Law Commission, *State Responsibility - Comments and observations received from Governments (A/CN.4/488)*, 89.

on article 1”.³²⁰ Estos comentarios llevan consigo una preocupación en común. Si se determina un deber de compensar incluso al tener éxito en la invocación de necesidad, entonces, ¿existe alguna motivación para invocar la defensa en primer lugar? Si el Estado se ve inmerso en responsabilidad objetiva o incluso absoluta, entonces la exclusión de la ilicitud puede parecer impracticable.

Ago, consciente de los potenciales problemas de la caracterización recoge dos posibles soluciones en su reporte respecto de la posible obligación de compensar:

[T]he recognition of the existence of such an obligation cannot wrongly be adduced as a basis for concluding that the act producing it is even partially wrongful and for arguing that the state of necessity has no value as a circumstance precluding the wrongfulness of an act of the State in international law.³²¹

Dos argumentos pueden deducirse del pasaje transcrito. El primero supone que la conducta como tal, incluso al derivar en compensación, no es ilícita en ninguna medida. De esto modo, no es posible solicitar ningún remedio derivado de la responsabilidad internacional del Estado como son aquellas halladas en el Art. 34 del Proyecto; es decir, remedios por un ilícito. El segundo es que la caracterización como acto lícito si tiene una incidencia práctica. Esta característica reduce el ámbito de aplicación de la compensación a las pérdidas materiales y por tanto el *quantum* del posible reclamo. Esto se deduce de que la interferencia en los derechos privados, mediante actos soberanos del Estado, no debe tratarse de la misma manera que en aquellos casos de interferencia ilícita; esto, en cuanto a las consecuencias legales de la acción.³²² Así también, el Estado puede tener como objetivo mismo el hallar que sus actos estaban justificados por un circunstancia excepcional. De esta manera, su incumplimiento no será visto como un elemento sumamente negativo ante posibles futuras negociaciones con otros Estados o ante la comunidad internacional.³²³

La discusión entonces toma una vía distinta. Si la compensación se debe bajo otra consideración que no es la responsabilidad *ex delicto*, entonces esto supone que el rubro proviene de una actividad caracterizada como lícita bajo el derecho internacional.³²⁴

³²⁰ Ibid.

³²¹ Roberto Ago, *Addendum - Eighth report on State responsibility (A/CN.4/318/Add.5-7)*, parr. 18.

³²² Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 14.

³²³ C. Schreuer en “Is There a Need for the Necessity Defense for Investment Law - Panel Discussion,” *Investment Treaty Arbitration and International Law - Volume 1* (JurisNet, 2008), 207.

³²⁴ Roberto Ago, *Addendum - Eighth report on State responsibility (A/CN.4/318/Add.5-7)*, 21.

La obligación de compensar bajo otro esquema que el ilícito

La idea de que la conducta de un Estado que actúa bajo necesidad pueda ser considerada lícita y al mismo tiempo genere una obligación de compensar al Estado que sufrió daños se encontraba ya instaurada en el pensamiento legal del siglo XIX.³²⁵ Sin embargo, pareciera que la noción de compensar a las víctimas o reparar por los daños no es compatible con el pensamiento legal contemporáneo en relación al tema de responsabilidad por hechos ilícitos.³²⁶

El problema yace en determinar el esquema jurídico aplicable a este tipo de compensación. Al no tratarse de un acto ilícito, tampoco de él pueden derivarse las consecuencias generales de la responsabilidad internacional. Como menciona Sereni, "[i]t seems, moreover, that the state of necessity, while precluding wrongfulness, does not do away with compensation for damage".³²⁷ Bajo este argumento, el “daño” causado deberá ser reparado, sin embargo la caracterización de su origen es distinta a la de un hecho ilícito. Sobre esto, Sorensen establece que "[w]e are speaking here of the problem of the duty to compensate for the damage caused by a lawful act".³²⁸

En principio, la noción de compensar a otro Estado en razón de un acto lícito no es ajena al derecho internacional. Un ejemplo claro de esto es el acto de expropiación. Este acto, persigue un fin legítimo del Estado y a pesar de lícito debe siempre ir acompañado del pago de compensación al titular del derecho afectado.³²⁹ Esta semejanza con el acto de expropiación presenta la ventaja práctica de que un acto sea caracterizado como lícito.

Como se aportó, en el derecho internacional, “foreigners [...] may not be deprived of their property without fair compensation”.³³⁰ En el tema de la expropiación, se puede realizar un símil de la incidencia en el *quantum* de la compensación en cuanto un acto es lícito o no. Cuando la expropiación es un hecho ilícito, este acto se iguala a otros hechos ilícitos bajo el derecho internacional. Entonces el Estado debe “wipe out all the consequences of the illegal act re-establish the situation which would, in all probability,

³²⁵ Ibid.

³²⁶ Ibid.

³²⁷ A.P Sereni, *Diritto internazionale*, vol. III (Milan: Giuffrè, 1962), 1531.

³²⁸ Max Sorensen, “Principes de droit international public,” in *Recueil des cours de l’Academie de droit international de La Haye*, vol. 101, 1960-III (Leyden, Sijthoff, 1961), 221.

³²⁹ Ripinsky y Williams, *Damages in International Investment Law*, 342.

³³⁰ Antonio Cassese, *International Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, USA, 2005), 120.

have existed if that act had not been committed”.³³¹ La expropiación como hecho ilícito abre la puerta a algunas consideraciones: (1) el remedio primario sería la restitución, no la compensación; (2) si el valor de la propiedad incrementa entre el momento de la toma y el momento de la adjudicación de daños, este incremento en valor debe ser conferido al afectado; (3) la compensación podría incluir gastos incidentales u otros daños resultantes de las circunstancias particulares del caso.³³² Estas consideraciones no estarían presentes para el tema de la expropiación como acto lícito y por tanto el *quantum* en el caso concreto disminuiría dramáticamente.³³³

Los comentarios de los gobiernos en razón de la inclusión del Art. 35 (actual 27) también ilustran esquemas bajo los cuales podría considerarse el deber de compensar cuando se tiene éxito en la invocación de las circunstancias del Cap. V. En primer lugar, Austria estimó que la formulación del Art. 27 debería ser una estipulación que implique la posibilidad de compensar solamente en casos en donde el derecho internacional prevé un base legal para el pago de la misma. Aclara su posición con que dicha responsabilidad podría situarse en el deber del Estado de prevenir daños por actividades lícitas.³³⁴ La posición de Alemania es que la reserva prevista en el Art. 27 (b) se refiere a responsabilidad por actos no prohibidos por el derecho internacional; aunque manifiesta que la extensión de dicho régimen es desconocida al momento de sus comentarios en 1998.³³⁵ El Reino Unido manifiesta dos posibilidades en relación al esquema de la compensación. La primera se alinea con la visión de Alemania y argumenta que la base para la compensación estaría en el régimen de responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. La segunda visión es que el enriquecimiento sin causa (unjust enrichment) podría servir como marco conceptual bajo el cual el Estado afectado pueda tomar acciones en contra del Estado que lo lesione en la defensa de sus propios intereses.³³⁶

En la actualidad, el régimen de responsabilidad por actos no prohibidos parece estar mucho más desarrollado que en el tiempo de estos comentarios. Generalmente incluye

³³¹ Ripinsky y Williams, *Damages in International Investment Law*, 88.

³³² *Ibid.*, 86-87.

³³³ *Ibid.*, 87.

³³⁴ International Law Commission, *State Responsibility - Comments and observations received from Governments (A/CN.4/488)*, 89.

³³⁵ *Ibid.*, 89-90.

³³⁶ *Ibid.*, 90.

el deber de evitar daños y el deber de reparar por consecuencias perjudiciales principalmente en actividad contaminantes o de alto riesgo que han tenido efectos transfronterizos.³³⁷ La posibilidad de utilizar este régimen es muy real en base al trabajo de la CDI pero también resulta un conjunto de normas particulares que no necesariamente se aplicarían a todas las proposiciones fácticas.

En cuanto al régimen propuesto por el Reino Unido, el principio de la Buena Fe y el enriquecimiento sin causa pueden generar una base para la compensación muy semejante al factor del Estado inocente:

Ejemplo: El Estado (A) se halla en una crisis extrema en relación a su suministro de combustible. (A) requiere de una cantidad determinada de combustible para poder prevenir un peligro grave e inminente a sus intereses esenciales. (B) posee una flota de buques dentro del territorio de (A) cuya carga consta de combustible en una medida que puede salvaguardar el interés de (A).

En este punto, (A) advierte que el único modo de salvaguardar su interés es la toma de la carga en la flota de los buques. (A) tiene entonces la opción de lesionar su interés esencial o tomar una medida contraria a sus obligaciones internacionales. En este caso, (A) toma la decisión de expropiar el cargo de (B) con el conocimiento de que su conducta será justificada bajo la rúbrica de las circunstancias que excluyen la ilicitud. De este modo, (A) actúa de mala fe; aunque su conducta está justificada y además obtiene un beneficio material en detrimento de (B).

En este ejemplo, no hay razón para que (B) se abstenga de solicitar compensación en base de la toma realizada por (A) ya que (A) actuó de esa manera a sabiendas de la imposibilidad de ser sancionado (ausencia de buena fe) y además se benefició de los bienes de (B) sin una causa para hacerlo; más que la defensa de sus intereses propios. Este evento, no sería acorde al lenguaje del Art. 27 ya que a (B) se le transfiere todo el peso de la defensa de los intereses esenciales de (A). Esto abre el campo para la obligación de compensar tomando en cuenta los otros factores del Art. 27. Así también, el ejemplo ilustra el abanico tan extenso de posibilidades que existen para generar un base de compensación dentro de la lógica de la justificación.

³³⁷ Ver, por ejemplo International Law Commission, “Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities” (Naciones Unidas, 2006).

El Caso de la Compañía General del Orinoco

Esta postura puede verse recogida en el *Caso de la Compañía General del Orinoco*. El caso, aunque antiguo (1905) presenta la lógica de la justificación para el estado de necesidad. En el caso, una compañía Francesa había obtenido varios contratos de concesión para la explotación de minerales y el desarrollo de una red de transporte en un área extensa; sobre la cual, Venezuela pensaba que ejercía soberanía.³³⁸ El área geográfica donde se situaban los contratos fue posteriormente reclamada por Colombia como parte de su territorio. Colombia protestó fuertemente ante el establecimiento de las concesiones pues veía que habían sido determinadas dentro de su territorio. Venezuela advirtió entonces que el único medio para poder evitar un posible conflicto armado era el eliminar las concesiones de la Compañía. Esta acción llevó a una disputa entre la Compañía General del Orinoco y el Estado de Venezuela a la que Francia se adhirió. El caso fue referido a la Comisión Francesa-Venezolana de Reclamaciones. La Comisión, por medio del Arbitro Plumbly, valoró que era lícito bajo el derecho internacional que el Gobierno de Venezuela elimine las concesiones. Sin embargo, Plumbly también agregó que la compañía tenía derecho a ser compensada por aquellas consecuencias que; aunque derivadas de un acto lícito, causaron un severo detrimento a sus intereses.³³⁹ Como se puede observar, el razonamiento del árbitro buscó que Venezuela no transmita la carga de la defensa de sus intereses a la Compañía. Asimismo, determinó que el acto era lícito pero que la compensación se debía bajo otro esquema; en particular, aquel del trato mínimo internacional los nacionales extranjeros (mediante el pago de compensación por la toma de bienes).³⁴⁰

El caso de las Propiedades de las Minorías Búlgaras en Grecia

Este caso se trata de otro ejemplo en que se otorgó compensación bajo otro esquema que el del ilícito internacional. Aquí, Grecia tomó una serie de acciones después de que campaña en la Guerra Greco-Turca se convirtiera un desastre colectivo. Entre estos actos, Grecia había situado a refugiados provenientes de Asia Menor en propiedades

³³⁸ Roberto Ago, *Addendum - Eighth report on State responsibility (A/CN.4/318/Add.5-7)*, parr. 29.

³³⁹ *Ibid.*, parr. 39; *Company General of the Orinoco Case Reports Of International Arbitral Awards Vol. X* 184, 280-281 (French-Venezuelan Claims Commission 1905).

³⁴⁰ Cassese, *International Law*, 120.

temporalmente vacantes pertenecientes a minorías Búlgaras.³⁴¹ La Comisión de Investigación de la Liga de las Naciones buscó usar el concepto de fuerza mayor para justificar las acciones de Grecia aunque Ago anota que la defensa posee todas las características de la necesidad.³⁴² La Comisión estimó que el comportamiento de Grecia; aunque en violación del Tratado de Sevres, estaba justificado por las circunstancias excepcionales:

The Commission [...] expresses the opinion that the arrival in Greece of a great number of refugees from Asia Minor renders the application of articles 3 and 4 of the Treaty of Sevres impossible, and proposes their abrogation in return for an indemnity to be paid to the owners of property abandoned and used for the installation of the Greek refugees.³⁴³

Aún con la justificación de los actos de Grecia, la Comisión estableció que “if those Bulgarians were to be asked to give up a right, it was only just that they should be compensated for the value of the property they had left behind them”.³⁴⁴ Según Ago, esto resulta en que la ilicitud del acto en cuestión se vio excluida ya que Grecia actuó conforme a los requisitos del estado necesidad. En este caso, no se determinó que Grecia había violado las estipulaciones del Tratado de Sevres. Sin embargo, desde otro punto de vista, el acto lícito también generó la obligación de compensar a los dueños de las propiedades que habían sido destinadas al uso de refugiados; esto, en razón de que estas propiedades no podían ser devueltas a sus dueños. De esta forma, es el acto lícito de expropiación el que generó la obligación de compensar; así, la obligación se propuso desde un punto de vista distinto al del ilícito internacional.³⁴⁵

3.2.3.2. *El Estado de Necesidad como Excusa*

El estado de necesidad visto como una excusa supone algunas cuestiones distintas dentro de la esfera de la compensación. Esta posición está presente dentro del reporte de Crawford así como en otros documentos considerados dentro del marco de la CDI. El pensamiento no es un evento reciente, por ejemplo, Rivier, a finales del siglo XIX,

³⁴¹ Secretariat ILC, “*Force majeure*” and “*Fortuitous event*” as circumstances precluding wrongfulness: *Survey of State practice, international judicial decisions and doctrine - study prepared by the Secretariat* (A/CN.4/315), parr. 124-125.

³⁴² Roberto Ago, *Addendum - Eighth report on State responsibility* (A/CN.4/318/Add.5-7), 32.

³⁴³ Commission of Enquiry into the Incidents on the Frontier between Bulgaria and Greece, *Report of the Commission of Enquiry into the Incidents on the Frontier between Bulgaria and Greece* (League of Nations, 1926), 111, League of Nations Official Journal, Año 7mo, No. 2 anexo 815.

³⁴⁴ *Ibid.*, parr. 125.

³⁴⁵ Roberto Ago, *Addendum - Eighth report on State responsibility* (A/CN.4/318/Add.5-7), parr. 32; Cassese, *International Law*, 120.

opinó que un Estado está autorizado “[to] violate the right of another nation if that is necessary to preserve its own existence”; añadió también que “the violation of the right must be limited to the unavoidable, and [...] the damaged caused must be made good”.³⁴⁶

Esta visión responde con una afirmación a la pregunta de la compensación, además introduce el concepto de “daño” y su eventual reparación. Estos elementos en conjunto parecen acercarse mucho al concepto de un ilícito internacional que debe ser remediado. La idea, parece ser consecuente con el eterno objetor de la redacción del Art. 25 del Proyecto; el Reino Unido. En los comentarios de los gobiernos ante el Art. 35 (actual 27), el Reino Unido postuló que se considere al estado de necesidad y al peligro extremo como hechos ilícitos. En lugar de excluir su ilicitud, lo que el Gobierno de este Estado sugirió es que las estipulaciones del Cap. V en relación a estas dos figuras sean vistas como “indications of the circumstances in which the international community would ordinarily tolerate non-fulfilment of obligations, in the sense of refraining from condemnation of the action”.³⁴⁷

El Reino Unido se alinea con la necesidad como excusa, ésta no elimina la ilicitud del acto sino que tolera un comportamiento no acorde a la obligación internacional. Incluso va más allá al mencionar que el único efecto debería ser la tolerancia del acto por parte de la comunidad internacional. Muy relacionado a esta postura se encuentran las declaraciones hechas por el Juez Herczegh en el caso de *Gabcikovo-Nagymaros*, recogidas en su opinión disidente. Herczegh consideró que “the state of necessity is a circumstance which exonerates from responsibility: in other words, it exonerates the author of the unlawful act from that international responsibility”.³⁴⁸ En la visión de Herczegh, la necesidad excluye o mitiga la responsabilidad; el grado de ésta entonces se debería decidir tomando en cuenta los hechos más importantes y se reflejará en la compensación debida.³⁴⁹ El hecho de incluir un “grado de responsabilidad” acerca la postura de Herczegh a la de la excusa; es decir, el hecho sigue siendo ilícito pero se limita la responsabilidad sobre el mismo.

³⁴⁶ Alphonse Rivier, *Principes du droit des gens* (University of Michigan Library, 1896), 278.

³⁴⁷ International Law Commission, *State Responsibility - Comments and observations received from Governments* (A/CN.4/488), 90.

³⁴⁸ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* (Separate opinion of Judge Herczegh) 183 (International Court of Justice 1997).

³⁴⁹ Takuhei Yamada, “State of Necessity in International Law: A Study of International Judicial Cases” (Kobe Gakuin University, 2005), 146, www.law.kobegakuin.ac.jp/~jura/hogaku/34-4/34-4-04.pdf.

El efecto práctico de esta caracterización es que a un Estado lesionado no se le requerirá soportar la carga de los actos que tomados en el interés del Estado que utiliza la defensa de necesidad.³⁵⁰ El elemento de culpa al decidir entre una u otra posibilidad supone que el Estado, al actuar en defensa de sus propios intereses, “ought therefore to bear the financial consequences, at least to the extent that was equitable or appropriate”.³⁵¹ La posibilidad de responder por las consecuencias financieras de su actuación a su vez se traduce en que la actuación del Estado se igualará a la de cualquier ilícito internacional en la proporción no mitigada por la necesidad. Esto genera dos posibles caminos para la compensación. El primero abre la puerta a que en esta parte se tenga al Estado responsable en los términos del Art. 34 de los Artículos de Responsabilidad. El segundo, permitiría solamente compensación en base a los términos del Art. 27, es decir pérdidas materiales. La solución adoptada quizás dependa de la aplicación del test propuesto por Crawford; es decir, la compensación en uno u otro camino en la medida de su equidad y proporcionalidad.³⁵²

El caso del Neptune

En cuanto a la noción de excusa, el caso del *Neptune* provee un cuadro fáctico para su análisis. A finales del siglo XVIII, el *Neptune* se hallaba en un viaje entre la costa este de Estados Unidos y la ciudad de Burdeos; llevando consigo una considerable carga de arroz. Durante el transcurso de su travesía el buque fue aprehendido por parte del Gobierno Británico; posteriormente, la corte nacional que conocía el caso determinó que la carga debía ser vendida al Gobierno. El dueño de las mercancías, amparado en el Jay Treaty, llevó su caso ante el Panel de Comisionados. Demandó al Gobierno Británico aduciendo que había sufrido pérdidas en la venta. Su demanda determinaba que la compensación que había recibido sólo recogía el valor neto de la mercadería con un pequeño margen de ganancia. Esta cifra resultaba mucho menor que la que reclamaba como correcta. Argumentó que debía ser compensado por el precio de la mercadería de acuerdo al valor de su venta en el puerto Burdeos; como si el buque

³⁵⁰ James Crawford, “Revising the Draft Articles on State Responsibility,” *SSRN eLibrary* (1999): 444, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=803730.

³⁵¹ International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission (A/CN.4/SER.A/1999) - 1999. Volume I*, Summary records of the meetings of the fifty-first session 3 May-23 July 1999 (United Nations, 1999), parr. 41.

³⁵² Ibid.

hubiera llegado a su destino final sin ser aprehendido. El Gobierno Británico, por su parte, se defendió bajo el argumento de que su acción era legítima pues la carga era contrabando de guerra. Propuso como argumento subsidiario que la aprehensión estaba justificada por motivos de “necesidad” ya que sufría de una escasez grave de los mismos productos contenidos en la carga.³⁵³

Uno de los Comisionados en el caso, John Trumbull, determinó que la doctrina de necesidad podía amparar al Gobierno en la aprehensión y uso de bienes pertenecientes a otros.³⁵⁴ William Pinkney, el Comisionado americano, añadió que:

[A]ssuming a state of necessity existed in Britain for the seizure of the cargo, the British Government could have pre-empted the cargo only upon giving the neutral traders **as much as they would have earned in the port of original destination.**³⁵⁵

El *quantum* de la compensación hallado en la cita precedente parece referirse al borrar todas las consecuencias del ilícito bajo el derecho internacional. La conducta es excusada en razón de las circunstancias; lo que supone la mitigación de la responsabilidad de Gran Bretaña. El Estado no es responsable por la violación de la obligación en este respecto (no cometió un afrenta contra un Estado neutral) pero sí en el espacio no mitigado. Por esta razón, si se aplica el test de Crawford para determinar el rango de la excusa, se puede evidenciar un abuso del derecho bajo la circunstancia. El tomar toda la mercancía no era equitativo ni apropiado, por esto se tiene como efecto que la compensación debe “retornar el valor total de los bienes”.³⁵⁶

El caso relativo al proyecto de Gabcikovo-Nagymaros

Este caso ha sido mencionado varias veces durante el transcurso del presente trabajo. Si se realiza un análisis *ex post* de los argumentos propuestos en el mismo, existen indicios de su aplicación tanto como excusa o justificación.

La CIJ recogió la declaración expresa de Hungría en la que reconoció su deber de

³⁵³ Yamada, “State of Necessity in International Law: A Study of International Judicial Cases,” 111-112.

³⁵⁴ John Bassett Moore, *History and digest of the international arbitrations to which the United States has been a party, together with appendices containing the treaties relating to such arbitrations, and historical legal notes.*, 1898, 3884, <http://www.archive.org/details/historyanddiges02moorgoog>.

³⁵⁵ Ibid., 3874-3875; Yamada, “State of Necessity in International Law: A Study of International Judicial Cases,” 113. (énfasis mío)

³⁵⁶ Moore, *History and digest of the international arbitrations to which the United States has been a party, together with appendices containing the treaties relating to such arbitrations, and historical legal notes* ..., 3856.

compensar a su compañero aún bajo cualquier evento; es decir incluyendo si el estado de necesidad era hallado.³⁵⁷ En relación al argumento de excusa esto sugiere que Hungría reconoció responsabilidad no mitigada al actuar de manera extrema mediante la suspensión total de los trabajos. Esto podría ser una excusa si se aplica el test de Crawford. Hungría podía haber eludido el peligro si culminaban un acuerdo para no operar el proyecto en modo pico.³⁵⁸ Sin embargo, en vez de arriesgarse, decidió terminar las operaciones en total. No es posible saber cuál sería el resultado si la Corte hubiera aplicado el estado de necesidad. Sin embargo, el reconocimiento de Hungría de la necesidad de compensar es quizás un indicio de que no planeaba transferir toda la carga de su defensa a Eslovaquia. Sugiere un reconocimiento de que en cierta sección no mitigada de su responsabilidad; es decir, donde las medidas no fueron apropiadas o equitativas, se hallaba un ilícito sobre el cual debía compensar a su compañero.

Aún bajo estas consideraciones, también se puede proponer la posición contraria en las mismas palabras de Crawford ante la Corte. Hungría parece estimar que existía un defecto mismo en el proyecto que Eslovaquia no tomó en cuenta aún ante las dudas presentadas por el primer Estado. Hungría entonces, al postular el cese de los trabajos y buscar un acuerdo con Eslovaquia, no estaba buscando reparar a su compañero sino el compensar por una inversión bajo otro esquema en el derecho. Crawford Establece que en este caso :

There was also an interest of both Parties in not wasting the investment each had made in the Project up to 1989. That was a financial interest (oral par. 35) it was not a question of reparations for wrongful conduct but compensation for a failed investment.³⁵⁹

3.3. Interacción entre la doctrina de Necesidad contenida en las *NPM* de los TBIs y el Estado de Necesidad – La experiencia de Argentina

Esta sección maneja la interacción entre las *NPM* situadas en el TBI y el estado de necesidad del derecho internacional consuetudinario. Se realizará una aproximación a las formas en que los diferentes tribunales de inversiones han revisado la relación entre las *NPM* de los TBIs y el estado necesidad. De esta clasificación, se elegirá la metodología más adecuada para establecer las consecuencias en la compensación en la

³⁵⁷ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) (Judgment)*, parr. 48.

³⁵⁸ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) (Public sitting held on Wednesday 5 March 1997, at 10 a.m.)*, parr. 10.

³⁵⁹ *Ibid.*, parr. 36.

última sección del Capítulo.

El tema que se trata a continuación ha sido debatido en un número extenso de publicaciones. Algunos autores citados durante el desarrollo de este trabajo como Andrea Bjorklund, Burke White, Andreas von Staden y Diane Desierto han esgrimido constantes críticas y visiones sobre la forma en que los diversos tribunales han relacionado el Art. XI del TBI Argentina-Estados Unidos con la doctrina de necesidad contenida en el Art. 25 del Proyecto. El tema no tiene una resolución formal única y existentes fuertes detractores ante los recientes argumentos de la jurisprudencia.³⁶⁰

En todo caso, han transcurrido casi seis años desde que *CMS* se constituyó en la primera decisión en tratar estos temas. Desde ese entonces, varios fallos han sido emitidos. La jurisprudencia ha ido cambiando y aclarando concepciones hasta llegar a una posición relativamente uniforme en cuanto a la interacción de la doctrina de necesidad en un TBI y la necesidad bajo la costumbre.

Las decisiones que trabajaron la interacción se derivan todas del mismo TBI pero han llegado a diversas conclusiones. A pesar de que las decisiones de los tribunales a la fecha son variadas, se puede realizar una categorización en base a la relación que han propuesto entre el derecho de los tratados y el derecho consuetudinario. Las posiciones tomadas sobre estos temas son de crucial importancia dado que podrían ser determinantes en cuanto al resultado económico final.³⁶¹ Así también, su manejo “critically affect the general balance between the regulatory freedoms on the part of a host state's government in times of national emergencies and the protections afforded to the investments of foreign investors”.³⁶² Por supuesto, la interacción escogida en un caso en concreto también se traduce en un resultado diferente en cuando la compensación. El propósito de la siguiente sección es el de resumir las formas en que se ha entendido la interacción en los casos de Argentina y destacar algunas características de cada categoría para proponer la alternativa más adecuada.

Andreas von Staden, en base a una propuesta metodológica de Jürgen Kurtz, establece un sistema de clasificación de los fallos a la fecha bajo tres metodologías: (1)

³⁶⁰ Ver, por ejemplo Aguirre Luzi en “Is There a Need for the Necessity Defense for Investment Law - Panel Discussion.”

³⁶¹ Andreas Von Staden, “Towards Greater Doctrinal Clarity in Investor-State Arbitration: The CMS, Semptra, and Enron Annulment Decisions,” *SSRN eLibrary* (2010): 3, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1689872.

³⁶² Ibid.

el método confluencia, (2) la necesidad como regla primaria y (3) las *NPM* como reglas primarias y la necesidad como regla secundaria. (two-step approach).³⁶³ Debe anotarse antes que *Enron (Anulación)* no tiene un espacio en la metodología ya que el Comité no se pronunció sobre el tema. Esto se dio a razón de que el Comité de Anulación atribuyó la relación entre el Art. XI del TBI y el derecho consuetudinario a la competencia exclusiva del Tribunal y por tanto estimó que estaban fuera del rango de revisión del Comité.³⁶⁴

3.3.1. El Método de Confluencia

Este primer método se aplica a los fallos que primero incursionaron en la interacción; se trata de *CMS*, *Sempra* y *Enron*. La confluencia se refiere a que estos tribunales aglomeraron o igualaron el contenido del Art. XI del TBI Argentina-Estados Unidos a la defensa de necesidad del Art. 25 de los Artículos sobre Responsabilidad. El modo en que se realizó esta confluencia fue el importar los elementos del Art. 25 a la lectura del Art. XI del TBI.³⁶⁵ De esta manera, se realizó una equiparación de una figura del derecho de los tratados con otra perteneciente a la responsabilidad de los Estados.

En *CMS*, el Tribunal procedió primero a analizar la defensa de Argentina bajo el derecho internacional consuetudinario. La defensa estaba fundada en una crisis económica, social y política que Argentina había atravesado³⁶⁶ aunque finalmente fue rechazada al no cumplir en conjunto con los elementos del Art. 25.³⁶⁷ Después, el Tribunal se embarcó en la tarea de analizar la defensa de Argentina en base al Art. XI considerando que “[e]l análisis de la necesidad y emergencia no se limita al derecho internacional consuetudinario debido a que el Tratado contiene disposiciones específicas sobre la materia”.³⁶⁸ El Tribunal no ofreció explicaciones coherentes ante la igualación que realizó entre las dos figuras.³⁶⁹

Enron y *Sempra* siguieron caminos similares a *CMS* aunque en estos casos la

³⁶³ Ibid., 5-7.

³⁶⁴ *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic. ARB/01/3 (Decision on Annulment) (March 07, 2008)*, parr. 405.

³⁶⁵ Staden, “Towards Greater Doctrinal Clarity in Investor-State Arbitration,” 5.

³⁶⁶ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic. ARB/01/8 (Laudo del Tribunal - Mayo 12, 2005)*, parr. 304-305.

³⁶⁷ Ibid., parr. 331.

³⁶⁸ Ibid., 332.

³⁶⁹ Staden, “Towards Greater Doctrinal Clarity in Investor-State Arbitration,” 5.

relación entre el tratado y la costumbre sí fue revisada hasta cierto grado.³⁷⁰ Los dos Tribunales recogieron el principio de *lex specialis* en su razonamiento al estimar que las disposiciones del tratado sobre un tema en particular deberán prevalecer sobre cuestiones más generales halladas en el derecho internacional consuetudinario.³⁷¹ Aún en este evento, la aplicación del principio fue negada ya que los Tribunales importaron los requisitos del Art. 25 en cuanto el TBI no definió el concepto de “intereses esenciales de seguridad”.³⁷² En los dos casos se igualó la figura del Art. XI con la del Art. 25 y todos sus elementos ya que el TBI no establece los mecanismos para la invocación exitosa de la doctrina de necesidad.³⁷³ Von Staden revisa con preocupación que los Tribunales no proporcionaron ninguna justificación para realizar este tipo de interpretación. El caso del Comité de Anulación en *Sempra* es interesante ya que a pesar de que las razones para invocar el Art. XI con los requisitos del Art. 25 no eran muy claras, la aplicación del mismo al caso por parte del Tribunal (sin importar la medida) hizo que este tema se situara fuera del rango de revisión del Comité.³⁷⁴ Aún así, el Comité parece haberse alineado con la posición del Tribunal en cuanto mencionó que el derecho consuetudinario, en particular el Art. 25 debe ser usado para interpretar los elementos del Art. XI del TBI.³⁷⁵

En el Capítulo II de este trabajo (específicamente en su tercera sección) se trató con profundidad la relación que existe entre el estado de necesidad y las *NPM*. Se estableció que ambas defensas poseen elementos en común y son el reflejo de la doctrina de necesidad en sus distintas ramas. Así también, ambas figuras poseen profundas diferencias conceptuales. Una de las principales de estas diferencias consiste en la ubicación, por un lado, del Art. XI bajo las reglas primarias y por otro, del Art. 25 bajo las reglas secundarias. Bajo esta noción, la confluencia presentada por los primeros

³⁷⁰ Ibid.

³⁷¹ *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. ARB/01/3 (Laudo)(Mayo 22, 2007), parr. 334; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*. ARB/02/16 (Laudo)(Septiembre 28, 2007), parr. 378.

³⁷² *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. ARB/01/3 (Laudo)(Mayo 22, 2007), parr. 333; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*. ARB/02/16 (Laudo)(Septiembre 28, 2007), parr. 375.

³⁷³ *Sempra Energy International v. Argentine Republic*. ARB/02/16 (Laudo)(Septiembre 28, 2007), parr. 378-378; *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. ARB/01/3 (Laudo)(Mayo 22, 2007), parr. 334.

³⁷⁴ *Sempra Energy International v. Argentine Republic*. ARB/02/16 (Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award)(Junio 29, 2010) 156 (ICSID [W. Bank] 2010).

³⁷⁵ Ibid., parr. 153.

tribunales resulta en una aplicación errada del Art. XI. Con la declaración de que “este Artículo no prevé al respecto condiciones distintas de las del derecho consuetudinario [...]”,³⁷⁶ los tres tribunales removieron efectivamente el valor y efectividad de la *NPM* bajo el TBI ya que la defensa estaría siempre presente en el derecho internacional consuetudinario.³⁷⁷

3.3.2. La necesidad como regla primaria

Este segundo método fue el empleado en la decisión de *LG&E*. La metodología involucra el análisis de la *NPM* como *lex specialis* frente al estado de necesidad. Sin embargo, el estado de necesidad está operando a un nivel primario; es decir, de hallarse la necesidad no habría violación del TBI en primer término.³⁷⁸ El Tribunal en *LG&E* realizó un análisis de dos fases, primero determinó si era aplicable la *NPM* contenida en el Art. XI. Después, sólo de manera subsidiaria, examinó si se cumplieron los requisitos de necesidad detallados en el Art. 25.³⁷⁹

El Tribunal concluyó finalmente que el Art. XI era aplicable para un período específico de la crisis ya que “las protecciones del Artículo XI del Tratado han sido accionadas en este caso”.³⁸⁰ Sin embargo, en vez de que la aplicación del Art. XI suponga la inexistencia de incumplimiento en primer término, el Tribunal aplicó el estado de necesidad por medio de la *NPM*. Esto se deduce del efecto que le ancló el Tribunal a la operación del Art. XI. Según su opinión, la operación de esta *NPM* eximió de responsabilidad al Estado Argentino por el período específico ya que se habían cumplido los requisitos del estado de necesidad.³⁸¹

La posición tomada por *LG&E* también es problemática en base a las conclusiones trazadas en el Capítulo II. Se ha establecido que el efecto particular de la invocación exitosa de las *NPM* es el de excluir una serie de actos de las protecciones sustantivas del tratado y por tanto, eliminar la posibilidad de que estos actos sean caracterizados como

³⁷⁶ *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. ARB/01/3 (Laudo)(Mayo 22, 2007), parr. 339; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*. ARB/02/16 (Laudo)(Septiembre 28, 2007), parr. 388.

³⁷⁷ Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 344.

³⁷⁸ Staden, “Towards Greater Doctrinal Clarity in Investor-State Arbitration,” 6.

³⁷⁹ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*. ARB/02/1 (Decisión Sobre Responsabilidad) (Octubre 3, 2006), parr. 206.

³⁸⁰ *Ibid.*, parr. 245.

³⁸¹ *Ibid.*, parr. 245 & 259.

incumplimiento en primer término.³⁸² A razón de esto, el igualar los efectos de la operación del Art. XI a aquellos del estado de necesidad también supone una eliminación de la distinción entre las reglas primarias y secundarias.

3.3.3. Las NPM como reglas primarias y necesidad como regla secundaria (Two-Step Approach)

Este tercer método de interacción es la metodología que utilizó el Tribunal en *Continental* y el Comité de Anulación en *CMS (Anulación)*. Tim R. Samples denomina a este proceso el “two-step approach” en base al razonamiento presentado por *CMS (Anulación)*.³⁸³ El acercamiento consiste en tratar a la excepción del tratado como una regla primaria y a la defensa de necesidad como una regla secundaria. La segunda, sólo entra en la discusión una vez que la aplicación de las reglas primarias han resultado en una violación de los términos del tratado en cuestión.³⁸⁴

En *Continental*, el Tribunal sostuvo que el Art. XI restringe ciertas acciones de las protecciones sustantivas del TBI. El resultado es que la invocación exitosa de esta *provisio* supone que no se produce una violación en primer término.³⁸⁵ En contraste, la aplicación del estado de necesidad, “as a secondary rule, only applies when a treaty provision has been violated to begin with”.³⁸⁶ Después del análisis detallado de los elementos presentes en el Art. XI del TBI, el Tribunal en el caso determinó, salvo en un tema, que Argentina no había generado un incumplimiento en primer término.³⁸⁷

Este último enfoque de interacción parece ser el más consecuente con la interpretación requerida por el derecho internacional y por tanto será el usado para determinar las consecuencias jurídicas en la compensación.

La razón principal de esta elección es que este esquema parece ser el más adecuado

³⁸² Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 321.

³⁸³ Tim R. Samples, “Investment Arbitration and the Necessity Defense: Rulings and Application from Argentina and Of Silence and Defiance: A Case Study of the Argentine Press During the Proceso of 1976-1983” (Graduate Thesis, Austin, Texas: The University of Texas at Austin, 2010), 25; *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*. ARB/01/8 (*Decisión Del Comité Ad Hoc Sobre La Solicitud De Anulación De La República Argentina - Septiembre 25, 2007*), parr. 374.

³⁸⁴ Staden, “Towards Greater Doctrinal Clarity in Investor-State Arbitration,” 6.

³⁸⁵ *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*. ARB/03/9(Award)(Septiembre 5, 2008), parr. 164.

³⁸⁶ Staden, “Towards Greater Doctrinal Clarity in Investor-State Arbitration,” 7; *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*. ARB/03/9(Award)(Septiembre 5, 2008), parr. 167.

³⁸⁷ *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*. ARB/03/9(Award)(Septiembre 5, 2008), parr. 233.

para la integración entre la costumbre y el tratado; dado que recoge de manera expresa el principio de *lex specialis*. De este modo, se aplica primero el tratado del cual se derivan sus posibles efectos. Posteriormente, y solamente si se determina que hay una violación, se pasa al examen del derecho consuetudinario en base al mismo principio. La descripción del anterior fenómeno estaría avalada por el Art. 55 de los Artículos sobre Responsabilidad.³⁸⁸ La condición descrita en este artículo es que las reglas sobre la responsabilidad del Estado no se aplican en relación a la calificación de un hecho como ilícito en primer lugar.³⁸⁹

La idea del esquema “two-step” resulta lógica ya que para que se pueda aplicar el estado de necesidad es necesario en primer lugar la existencia de un acto ilícito.³⁹⁰ El contenido material de la obligación y la caracterización de un incumplimiento están entonces gobernadas por las reglas primarias, es decir, el derecho de los tratados tal como se describe particularmente en el TBI. Una vez que las reglas primarias establecen la existencia de un ilícito, son las reglas secundarias las llamadas a determinar el régimen adecuado, incluyendo, el estado de necesidad.

El uso de este esquema no supone necesariamente que los elementos del derecho consuetudinario sean excluidos totalmente de las reglas primarias. Como se estableció en el Cap. II, la CVDT deberá dictar la interpretación adecuada. Esto quiere decir que tomando en cuenta el orden de la interpretación se podrán usar elementos de la costumbre para analizar el Cap. XI; por ejemplo para determinar el significado del término “necesario” si se ve a la doctrina de necesidad como una regla relevante de derecho internacional o como un medio suplementario de interpretación.³⁹¹ Por supuesto, esto significa que cada figura deberá ser interpretada de acuerdo a las particularidades de su rama. El Art. XI y otras *NPM* deberá ser interpretados de acuerdo a lo descrito en el Cap. II de este trabajo mientras que el estado de necesidad y sus elementos se interpretaran de acuerdo a lo descrito en el Cap. I de este trabajo.

³⁸⁸ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States” Article 55. *Lex specialis* - These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law.

³⁸⁹ *Ibid.*, 31.

³⁹⁰ *Ibid.*, 71.

³⁹¹ CVDT, Arts. 31-32.

3.3.4. Consideraciones sobre otros casos

Existen algunos otros casos en contra de Argentina a razón de la crisis del 2001-2003. Sin embargo, la clasificación de estos casos y su análisis bajo el esquema de este trabajo no es posible o necesario por dos motivos: (1) En estos casos no se contaba con una cláusula como el Art. XI, es decir, la defensa de necesidad era la única disponible. (2) En todos estos casos, la defensa de necesidad fue rechazada y por tanto no se aportó ningún elemento nuevo a la interacción y su relación con la compensación.³⁹²

3.4. Consecuencias Jurídicas en la Compensación en Base al Esquema “Two-Step”

Una vez elegido el esquema “two-step” como el más adecuado, es posible proponer un régimen de compensación en base a esta interacción en particular de las dos figuras. En este punto, la determinación de los efectos particulares de cada figura analizados durante el presente trabajo se vuelve relevante. Por un lado están las *NPM* y el efecto que posee el invocarlas (Cap. II). Por el otro, está el estado de necesidad y el efecto que posee invocarlo con éxito (Cap. III, sección 2); es decir, la pregunta propuesta por el Art. 27. A continuación se presenta el régimen detallado en razón de una u otra de las consideraciones.

3.4.1. Licitud - Consecuencias Jurídicas si no existe violación del TBI

Al seguir el esquema propuesto, se toma en cuenta la aplicación primero del TBI y posteriormente del estado de necesidad. El razonamiento del esquema se recoge el siguiente pasaje de *CMS (Anulación)*:

El Artículo 27 se refiere, entre otros, a las consecuencias de la existencia del estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario, pero con antelación a analizar ese Artículo, [se] examina [...] la posibilidad de indemnización bajo el TBI si las medidas adoptadas por Argentina hubiesen estado comprendidas por el Artículo XI.³⁹³

De este modo, el esquema sugiere mirar primero al tratado y examinar si existe o no una violación del mismo. Esta es la primera pregunta que surge para determinar la

³⁹² Staden, “Towards Greater Doctrinal Clarity in Investor-State Arbitration,” 7.

³⁹³ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*. ARB/01/8 (Decisión Del Comité Ad Hoc Sobre La Solicitud De Anulación De La República Argentina - Septiembre 25, 2007), parr. 146.

compensación debida: ¿los actos tomados por el Estado, están o no amparados bajo la *NPM* y por ende, se está ante la presencia de un acto ilícito? La respuesta deberá ser determinada bajo las consideraciones expuestas en el Capítulo II del presente trabajo pero. Si se tiene que las medidas estaban amparadas, se dará paso a algunas consecuencias sobre la compensación.

3.4.1.1. *Ninguna Compensación*

La primera consecuencia posible y que parece tener un mayor soporte jurídico es que no surja la obligación de compensar ante la ausencia de un acto ilícito por parte del Estado. Si las medidas tomadas por el Estado bajo una *NPM* están cubiertas por la cláusula, entonces no se ha generado una violación en primer término. Esta posición está avalada por el Comité de Anulación en *CMS* cuando mencionó que “el Artículo XI, si fuese aplicable, excluye la operación de las normas sustantivas del TBI. De este modo, no cabía posibilidad alguna de que la indemnización pudiese pagarse durante ese período”.³⁹⁴

Esta circunstancia es distinta a excluir la ilicitud de un acto y por tanto no permitiría la compensación por un hecho lícito tampoco. El efecto de una *NPM* como el Art. XI del TBI Argentina-Estados Unidos es nunca llevar a los actos permitidos dentro de la esfera de la responsabilidad del Estado; por lo tanto, tampoco supone abrir la puerta a la pregunta de la compensación del Art. 27 del Proyecto. Este efecto está avalado por el Art. 1 del Proyecto en el que se contiene el principio básico que “[e]very internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State”.³⁹⁵ Además, el comentario dispone que el concepto de “responsabilidad internacional” lidia con las consecuencias que produce un acto internacionalmente ilícito por parte Estado.³⁹⁶ Si se leen estos argumento de manera negativa, se traduce en que ante la ausencia de un hecho ilícito, no puede haber “responsabilidad internacional” atada al hecho. Si no hay esta violación a un regla primaria, no existe en primer término una conducta que de otro modo sería contraria a la obligación en cuestión.³⁹⁷ Al carecer de esta conducta, no puede establecerse una de las consecuencias de la exclusión de su ilicitud; es decir, no

³⁹⁴ Ibid.

³⁹⁵ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” Art. 1.

³⁹⁶ Ibid., 32.

³⁹⁷ Ibid., 71.

se abre la pregunta dispuesta en el Art. 27 del Proyecto.

En la visión del Comité, las *NPM*, en particular las de rango completo como el Art. XI, son cláusulas que funcionan de manera independiente; de contenido suficiente para resolver la pregunta sobre la compensación sin recurrir al derecho consuetudinario.³⁹⁸

Burke White y von Staden se alinean con esta posición en relación a la aplicación de la *NPM*. Para ellos, “NPM clauses are generally articulated as exceptions to a BIT’s substantive provisions, and not merely as justifications or excuses for breach”,³⁹⁹ añaden que “[t]he exceptions contained in NPM clauses preclude the very applicability of the specified substantive obligation(s) of the BIT to acts that fall within the scope of the clause”.⁴⁰⁰ Concluyen que el efecto es que “[a]s long as the acts taken by a State are not internationally wrongful by virtue of an NPM clause, there is no state liability and no compensation can be due”.⁴⁰¹ Esta conclusión está de acuerdo a la regla establecida en el Art. 31 del Proyecto que menciona a la compensación sólo es un remedio en caso de “injury caused by the internationally wrongful act”.⁴⁰²

El razonamiento problemático de *LG&E*, a pesar de hallarse en otro esquema metodológico, utilizó la noción descrita en los párrafos precedentes. Por un lado, igualó el efecto de la operación del Art. XI a la exclusión de la ilicitud bajo el estado de necesidad.⁴⁰³ Por otra parte, en cambio, el Tribunal determinó que durante el periodo de aplicación del Art. XI, ninguna compensación era debida ya que estimó que “las pérdidas sufridas durante el Estado de necesidad deberán ser soportadas por el inversionista”.⁴⁰⁴ Esta circunstancia afectó de manera directa al *quantum* del fallo ya que en la decisión sobre daños que le siguió, la compensación se redujo en un monto de US\$28.8 millones.⁴⁰⁵

³⁹⁸ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*. ARB/01/8 (Laudo del Tribunal - Mayo 12, 2005), parr. 146; Ripinsky y Williams, *Damages in International Investment Law*, 347.

³⁹⁹ Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 386.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ *Ibid.*, 387.

⁴⁰² International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 91.

⁴⁰³ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*. ARB/02/1 (Decisión Sobre Responsabilidad) (Octubre 3, 2006), parr. 245-259.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, parr. 264.

⁴⁰⁵ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*. ARB/02/1 (Laudo) (Julio 25, 2007), parr. 106.

3.4.1.2. *Consideraciones sobre el rango de la licitud*

Las consideraciones de la ilicitud al descansar la defensa en las *NPM* dependerán directamente del rango de aplicación de la misma. Como se estableció antes, las cláusulas de rango completo retiran de las protecciones de todo el tratado a algunos actos tomados con directa relación a los objetivos permitidos. Esto supone que no habría ilicitud en relación a ninguna parte del TBI si las medidas cumplen con los requisitos de la *NPM*.⁴⁰⁶ Por el contrario, las *NPM* de rango limitado solo presentarían este efecto (de evitar incumplimiento) respecto de ciertas protecciones del TBI.⁴⁰⁷ Esto permite que cualquier acto fuera de estos límites involucra un ilícito y por tanto se trataría dentro del régimen de ilicitud a continuación.

Para Diane Desierto, la idea de que las *NPM* tiene como efecto evitar una violación del TBI, específicamente en los casos de los TBIs de Estados Unidos, es contraria a la idea propuesta por sus creadores. Según Desierto, el acercamiento más correcto es el siguiente:

[T]o treat Article XI as a defense pleaded by a host State, when its BIT counterpart State Party raises separate claims of international responsibility arising from the continuum of operative acts that gave rise to breaches of BIT obligations.⁴⁰⁸

La posición de Desierto presenta que el Art. XI es una defensa ante el reclamo que haga su contraparte (Estado) por violación en el TBI. Entonces es posible que por un lado exista un ilícito al violar las protecciones en relación al inversionista y por otra parte, una excusa en relación al reclamo del Estado. El problema es que los intereses del Estado como los del inversionista tendrán puntos en común y por tanto es posible que si le permite al segundo presentar su reclamo, entonces el primero no tenga ningún tipo de daño propio para argumentar posteriormente.

En todo caso, la posición de Desierto determina la existencia o no de un ilícito en primer lugar. Lo que establece para las *NPM* es un rango de aplicación muy reducido o casi inexistente en la práctica. Entonces, según Desierto, la cuestión sigue siendo el rango. Por lo tanto, actos fuera de este margen serán ilícitos, colocando los efectos en la compensación dentro del régimen de ilicitud.

⁴⁰⁶ *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*. ARB/03/9(Award)(Septiembre 5, 2008), parr. 164.

⁴⁰⁷ Burke-White y Staden, "Investment Protection in Extraordinary Times," 331.

⁴⁰⁸ Desierto, "Necessity and Supplementary Means of Interpretation of Non-Precluded Measures in Bilateral Investment Treaties," 921.

Cláusulas de Circunstancias Excepcionales – Conflicto Armado

Este tipo de cláusulas se sitúan como un ejemplo en los TBIs que expresamente reducen el rango de aplicación de las *NPM* como aquellas con la rúbrica del Art. XI del TBI Argentina-Estados Unidos. Su establecimiento en el TBI no resulta en una reducción tan drástica del rango como en la tesis de Diane Desierto pero si colocan un límite claro a los actos que están permitidos bajo las *NPM*.

Las cláusulas de conflicto armado establecen efectos particulares para actos del Estado fuera del rango de la *NPM* hallada en el TBI específico. Donde exista una cláusula de este tipo, las acciones del Estado no eluden una violación del TBI sino que se deben medir bajo los parámetros de su lenguaje particular. Así, restringen el rango de aplicación de las *NPM* como el Art. XI porque aunque ésta sea aplicable en principio, otra norma establece un efecto en particular distinto al de eludir responsabilidad.

La formulación más común de este tipo de cláusulas resulta en la inclusión de los efectos sobre las pérdidas en razón de conflicto armado u otras circunstancias similares.⁴⁰⁹ Los TBIs usualmente tratan la compensación por pérdidas de dos formas. La primera fórmula prevé la necesidad de compensar en caso de requisita de propiedad o cuando las pérdidas sufridas no cumplieran con las exigencias de las circunstancias. La segunda fórmula establece que permanecen las consideraciones de Nación Más Favorecida y Trato Nacional en relación a la compensación si el Estado anfitrión otorga a otros inversionistas formas de recuperar sus pérdidas excepcionales.⁴¹⁰

Tanto *CMS* como *Total S.A* aclaran que este tipo de cláusulas no pertenecen a la categoría de las *NPM*. No suponen disposiciones de escape en casos de emergencia “más bien por el contrario, asegura[n] que las medidas orientadas a compensar o minimizar las pérdidas no sean aplicadas de una manera discriminatoria”.⁴¹¹ Esto, se realiza por medio de “[un] trato mínimo al inversionista en el contexto de las medidas adoptadas, respecto de las pérdidas sufridas en la emergencia, que no sea diferente al otorgado a los nacionales o a otros inversionistas extranjeros”.⁴¹²

⁴⁰⁹ Ripinsky y Williams, *Damages in International Investment Law*, 24.

⁴¹⁰ Newcombe y Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, 314; Ver, por ejemplo *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Angola for the Promotion and Protection of Investments*, 2001, Art. 4.

⁴¹¹ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*. ARB/01/8 (Laudo del Tribunal - Mayo 12, 2005), parr. 375.

⁴¹² *Ibid.*; *Total S.A. v. Argentine Republic*. ARB/04/1 (Decisión Sobre Responsabilidad) (Diciembre 27, 2010), parr. 229.

El argumento de los dos Tribunales aclara que en la formulación de discriminación establece un estándar al peligro físico que enfrenta la propiedad en estas circunstancias. No se trata de incluir una excepción al incumplimiento “rather, it ensures that when liability does not arise for another reason (for example, due to a successful plea of military necessity) the measures still give rise to a duty to compensate losses if compensation is provided to nationals or other foreign investors”.⁴¹³ Asimismo, en la formulación de compensación específica, se establece un estándar alto si existen actos particulares por parte del Estado. Ante la requisita de propiedad por parte de las fuerzas o su destrucción por medios no necesarios, ambos actos estarían por fuera de la *NPM* por disposición específica de la cláusula de conflicto armado y derivan en la necesidad de restituir o compensar por las pérdidas sufridas.

El razonamiento detrás de este tipo de cláusulas es proveer a los inversionistas de una forma para recuperar pérdidas en situaciones donde les sería muy difícil hacerlo bajo el derecho internacional consuetudinario. La complicación se deriva del requisito por parte de la costumbre de establecer un ilícito para poder recuperar las pérdidas y tal ilícito sería difícil de instituir dadas las situaciones fácticas contenidas en éstas cláusulas.⁴¹⁴ Efectivamente, el acto será lícito no por operación del estado necesidad sino por la regla primaria del derecho internacional humanitario.⁴¹⁵ En este caso, entonces, la regla primaria hace lícito al acto y no el derecho internacional consuetudinario. De este modo, se cierra la puerta a la pregunta de compensación planteada por el Art. 27 ya que este nunca se aplica, ni siquiera de manera subsidiaria. Al ser la regla primaria la que evita el incumplimiento del TBI o ilicitud posterior del acto, nunca entra en cuestión el Art. 27 al no tratarse de una circunstancia que excluye la ilicitud.

Este tipo de cláusulas se tratan en este punto del trabajo ya que finalmente se evidencia una cuestión en relación rango de aplicación de las *NPM*. Si el Estado cumple las disposiciones especiales, sus actos serán acordes al tratado pero con un efecto específico, de lo contrario, sus actos deberán ser considerados como todo otro incumplimiento fuera del rango de la *NPM* en cuestión. Es decir, estos actos fuera del rango de la *NPM* derivarán en el incumplimiento del tratado en primer término.

⁴¹³ Newcombe y Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, 499.

⁴¹⁴ Ripinsky y Williams, *Damages in International Investment Law*, 25.

⁴¹⁵ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 84.

3.4.1.3. *¿Compensación Bajo el Derecho Consuetudinario?*

Para que exista compensación en el derecho consuetudinario entonces la aplicación del Art. XI debería permitir la subsecuente invocación del Art. 27. En la primera consideración del régimen de licitud se trató el porqué el hacer esto supone un problema conceptual. Sin embargo, Stephan Schill propone que “[t]he wording of Article XI of the BIT does not exclude subsidiary application of customary international law as to the consequences of an exemption from obligations assumed under the BIT”.⁴¹⁶ Según Schill, la aplicación del Art. 27 podría determinarse al Art. XI como un modo subsidiario de interpretación si es que el Art. 31 de la CVDT no otorga un resultado satisfactorio. “The scope of application of the BIT emergency clause would then be restricted to establishing circumstances under which the failure to observe BIT obligations was to be excused, without proscribing the legal consequences of such a breach”.⁴¹⁷ La visión de Schill hace aplicable el Art. 27 en el caso de una violación del TBI, lo cual es consistente con el esquema “two-step” que será analizado a continuación. Sin embargo no habla de esta aplicación en razón de la falta de un ilícito. A razón de esto, parece que el autor se alinea también con la posición de que el Art. 27 no es aplicable sin un incumplimiento en primer término; esto supone que sin un ilícito derivado del TBI, no hay compensación debida. La visión propuesta también es práctica ya que como Burke-White y von Staden anotan “if NPM clauses do not relieve responsibility and liability, they would have no practical impact on the allocation of costs, as states would bear the costs of action regardless of the inclusion of an NPM clause”.⁴¹⁸

3.4.2. **Ilícitud - Consecuencias Jurídicas si existe una violación del TBI**

Continuando con la aplicación del esquema “two-step”, si las medidas adoptadas por un Estado no se hallan amparadas bajo el espacio de las *NPM*, los actos se hallan por fuera del rango de aplicación de la cláusulas. Los actos tomados en este espacio están claramente en el ámbito de la ilicitud ya que se ha dado una violación a las

⁴¹⁶ Schill, “International Investment Law and the Host State’s Power to Handle Economic Crises - Comment on the ICSID Decision in *LG&E v. Argentina*,” 282.

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ Burke-White y Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times,” 386.

protecciones del TBI.⁴¹⁹

Una vez determinada la existencia de un acto ilícito, el esquema “two-step” establece que debemos mirar a las posibles defensas del acto bajo el derecho consuetudinario.⁴²⁰ Dentro de este régimen se presentan entonces dos posibilidades; la primera lidia con los efectos en la compensación si se establece que la necesidad no opera. La segunda, en cambio, trata con las diversas consecuencias en la compensación si el estado de necesidad es invocado con éxito.

3.4.2.1. *Invocación fallida del estado de necesidad*

Si un Estado invoca el estado de necesidad y su defensa falla, entonces nos hallamos enfrentados ante un hecho internacionalmente ilícito. Esto supone que el Estado ha activado el régimen de responsabilidad secundaria. Sus actos, al ser un ilícito, deben estar acompañados de la responsabilidad internacional.⁴²¹ Esta responsabilidad, por su parte genera la obligación de reparar o indemnizar por los daños ocasionados en la forma de restitución, indemnización o satisfacción.⁴²² Aquí, ni el Art. XI ni el estado de necesidad inciden en la compensación pues ninguno de los dos llegó a ser aplicado. Este es el régimen natural de la responsabilidad internacional y por tanto la compensación se entiende como una de las formas de reparación, es decir con el enfoque de “wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed ”.⁴²³

Este régimen es el más común dentro de los reclamos internacionales. Al desechar ambas defensas posibles, el Estado se ve enfrentado a todo el peso de sus actos que han sido caracterizado como ilícitos. Sin embargo, esto no supone que los tribunales excluyan la doctrina de necesidad al momento de determinar la compensación debida. Después de todo, un Estado que decide de buena fe utilizar las defensas en esta doctrina debe haberse hallado en circunstancias excepcionales. Sin embargo, los eventos quizás

⁴¹⁹ Ibid., 386-387.

⁴²⁰ Samples, “Investment Arbitration and the Necessity Defense: Rulings and Application from Argentina and Of Silence and Defiance: A Case Study of the Argentine Press During the Proceso of 1976-1983,” 25-26.

⁴²¹ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” Art. 1.

⁴²² Ibid., Art. 34.

⁴²³ *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland) (Claim for Indemnity) (Merits)*, PCIJ, Ser. B., No. 3, 1925 47 (Permanent Court of International Justice 1928).

no fueron suficientes para justificar la aplicación del Art. XI en primer lugar y posteriormente, tampoco para determinar la existencia del estado de necesidad bajo sus condiciones estrictas. De esta forma, los Tribunales de *CMS*, *Sempra* y *Enron* tomaron en cuenta las circunstancias de la crisis para el cálculo de los daños.⁴²⁴ “All of the tribunals thus sought to distribute, albeit to differing extents, the burden of losses between the host State and the foreign investor concerned”.⁴²⁵

3.4.2.2. *Invocación exitosa del estado de necesidad*

Si la defensa del Estado resulta exitosa, entonces la ilicitud de sus actos se ve excluida por operación de las reglas secundarias codificadas en el Cap. V. En este punto, el Estado se hallaría dentro del régimen del Art. 27 descrito en la primera sección del presente capítulo. Pareciera inoficioso volver a revisar las posibilidades de compensación propuestas, particularmente con la ambigüedad que se genera a razón del Art. 27. Sin embargo, a continuación se vuelve a considerar brevemente los factores y la dicotomía entre justificación y excusa ya que su aplicación puede variar dentro del régimen Estado-inversionista.

¿Se aplican los factores descritos en el Art. 27 al inversionista extranjero?

La descripción de pérdidas materiales establecida en el Art. 27 proviene de una caracterización bajo el derecho consuetudinario. Una vez que el régimen de responsabilidad entra en funcionamiento (a razón de la inaplicación de las *NPM*) entonces las consideraciones para la compensación deberán darse de acuerdo a esta rama del derecho internacional. En este sentido se debería también aplicar la rúbrica del Art. 27 tomando en cuenta las consideraciones particulares de poseer un actor como el inversionista en la disputa.

En primer lugar, la definición de compensación como pérdida material debería ser incluida sin ningún inconveniente. Newcombe y Paradell proponen un ejemplo de esta noción aplicada a un inversionista:

For example, if an investor were required to supply goods or services to the state during a

⁴²⁴ Ripinsky y Williams, *Damages in International Investment Law*, 351.

⁴²⁵ Ibid.

situation of necessity, a tribunal might order compensation to cover the investor's costs, but not for the additional profits that it would have been able to make by selling the goods at high market prices due to the emergency situation.⁴²⁶

En segundo lugar, es necesario determinar si también se aplica el factor de “acuerdo entre las partes”. Sobre este punto, también se obtiene un resultado semejante en el régimen de inversiones. Si el Estado y el inversionista no pueden llegar a un acuerdo sobre la posibilidad y extensión de la compensación, entonces este papel lo tendrá el tribunal o corte internacional que conozca de la disputa. Este resultado sería en razón de que “[i]t is equally well established that an international court or tribunal which has jurisdiction with respect to a claim of State responsibility has, as an aspect of that jurisdiction, the power to award compensation for damage suffered”.⁴²⁷

Finalmente, surge la pregunta de que si es aplicable la tesis del tercer Estado inocente al inversionista. Por supuesto, la tesis no sería aplicable en cuanto el inversionista no califica como un “tercer Estado”. Aún así, la razón de la tesis es que un Estado no transfiera las cargas de las defensas de sus propios intereses a otro actor que no estaba obligado a soportarlas.⁴²⁸ En el caso del inversionista, esta situación también deberá ser determinada en el caso particular. Sin embargo, puede argumentarse que en principio, el potencial deber de compensar estaría presente. De lo contrario toda la carga de la defensa de un Estado recaería sobre sujetos que no pueden soportarla de igual manera. Dicha carga recaería sobre sujetos a quienes se les aseguró un grado de protección más alto a razón del riesgo que supone el embarcarse en actividades dentro países más “problemáticos” que sus Estados originales.⁴²⁹

La dicotomía entre Justificación y Excusa

La diferenciación de los actos tomados bajo el estado de necesidad de nuevo se vuelve relevante en esta sección. La caracterización del acto bajo uno u otro acápite resulta en diversos efectos en cuanto a la compensación dentro del contexto Estado-inversionista.

⁴²⁶ Newcombe y Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, 522.

⁴²⁷ *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland) (Claim for Indemnity) (Jurisdiction)*, PCIJ, Ser. B., No. 3, 1925:21.

⁴²⁸ International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” 86.

⁴²⁹ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic. ARB/01/8 (Laudo del Tribunal - Mayo 12, 2005)*, parr. 383-394.

Justificación

Esta posición no parece estar excluida para el régimen de las inversiones internacionales. Efectivamente, *CMS* expresó que “la invocación de estado de necesidad puede excluir la ilicitud de un acto, pero no excluye el deber de indemnizar al titular del derecho que debió sacrificarse.”⁴³⁰ Si tomamos esta idea, la ilicitud del acto se ve excluida pero el derecho sacrificado debe ser tomado en cuenta para la compensación. Esto se puede realizar por medio de los métodos establecidos en la sección segunda del presente capítulo; es decir, revisar el acto y sus consecuencias bajo otro esquema que no sea el ilícito o bajo una noción de buena fe y enriquecimiento injusto.⁴³¹

La posición también parece ser aplicable bajo este esquema ya que “[i]n principle, an obligation to pay compensation for the damage caused by *lawful* acts is not alien to the international law of foreign investment. The primer example is expropriation [...]”.⁴³² El argumento principal para sostener que esto es posible y que no se trata de un caso de responsabilidad objetiva⁴³³ (*no-fault liability*) fue recogido por Schreuer durante un panel dedicado a este tema en relación a Argentina. Considerando la preocupación de Marinn Carlson en cuanto no habría objetivo de que un Estado invoque con éxito la defensa si aún debe compensar, Schreuer estableció que si existe dicho objetivo. Su análisis se encausa en dos razones concretas. La primera es que “Argentina may well want to see itself as not being in breach of the treaty, I think that is an aim in itself” y la segunda la resumió en el siguiente pasaje:

I believe that compensation for a legal act is different from damages for an illegal act, and I think here we can draw an analogy to the law of expropriation where compensation is due for a legal expropriation, and damages is something different, not only contextually but also in practical terms.⁴³⁴

De nuevo, el argumento práctico de la justificación en cuanto a la compensación es que podría afectar de manera dramática el *quantum* a pagarse por el acto que, aunque considerado como lícito, causó un detrimento severo en los derechos del

⁴³⁰ Ibid., parr. 388.

⁴³¹ International Law Commission, *State Responsibility - Comments and observations received from Governments* (A/CN.4/488), 90.

⁴³² Ripinsky y Williams, *Damages in International Investment Law*, 342.

⁴³³ International Law Commission, *State Responsibility - Comments and observations received from Governments* (A/CN.4/488), 89.

⁴³⁴ “Is There a Need for the Necessity Defense for Investment Law - Panel Discussion,” 207.

inversionista.⁴³⁵ Según Schill, en este evento, el *quantum* de la compensación no deberá seguir la regla en cuanto las expectativas de los daños causados.⁴³⁶ No se está ante el régimen de ilicitud sin defensas antes descrito sino ante una visión de “daño” que no es aquella de “including future lost profits, that is usually applied in contractual settings, but would have been limited to “material loss” as stated in Article 27(b) of the ILC Draft Article”.⁴³⁷

La visión de la justificación en el contexto de Estado-inversionista parece hallar muchas semejanzas con la misma idea solamente bajo el derecho internacional consuetudinario. Sin embargo surge un problema procedimental muy profundo en su aplicación al contexto Estado-inversionista. Si el ilícito se elimina por operación de la necesidad, entonces el daño debe verse bajo esquema; es decir, como un acto lícito que ha causado una lesión a un derecho. Una vez que el tribunal analiza la ilicitud y determina que esta ha sido excluida, esto supone una ficción de “no violación” del TBI sobre este acto. Esto genera problemas en las disputas relativas a las inversiones. El inversionista no tiene el mismo *ius standi* que el Estado de manera general. Mientras el segundo puede reclamar por el acto lícito en otro foro, en cualquier momento, la reclamación del primero está confinada al TBI en cuestión. Esto significa que se excluye la posibilidad de que un inversionista reclame por un acto lícito pero violatorio de sus derechos. En otro esquema o foro, el inversionista no tiene la facilidad de la cláusula arbitral. En este caso, por ejemplo, un inversionista deberá confiar en la protección diplomática para que su Estado comience una reclamación por un acto lícito no contenido en el TBI, causando un serio detrimento en sus posibilidades de reclamo iniciales.

Excusa

La segunda opción bajo el esquema de ilicitud y una defensa exitosa es la del uso de la necesidad como excusa. La posición se encuentra avalada por el Tribunal en *LG&E*. Aunque en el caso, *LG&E* no dispuso la interpretación en base al esquema “two-step” sus conclusiones son válidas en cuanto a los efectos. A pesar de los problemas que

⁴³⁵ Roberto Ago, *Addendum - Eighth report on State responsibility (A/CN.4/318/Add.5-7)*, parr. 39.

⁴³⁶ Schill, “International Investment Law and the Host State’s Power to Handle Economic Crises - Comment on the ICSID Decision in *LG&E v. Argentina*,” 286.

⁴³⁷ *Ibid.*

contiene el fallo; principalmente el de importar los requisitos del Art. 25 al XI, en *LG&E* se aplicaron finalmente los efectos de una defensa de necesidad exitosa bajo el derecho consuetudinario. En este sentido, el Tribunal determinó que “Argentina queda eximida de responsabilidad por el incumplimiento del Tratado durante el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003”.⁴³⁸ En el uso de su frase “eximida de responsabilidad por el incumplimiento del Tratado” (en la versión en inglés se usa el término “excused for breaches”), el Tribunal aceptó la existencia de un ilícito en primer lugar; aunque este ilícito se vio excusado por las circunstancias de necesidad.

Ya que el tribunal solamente estimó que el inversionista es quien debe soportar las cargas de la defensa,⁴³⁹ se vuelve necesario especular sobre la eventual aplicación de *LG&E* como excusa y su incidencia en la compensación. El argumento propuesto en la sección primera del presente trabajo se torna aplicable también en el régimen de inversiones. El tribunal del caso, entonces, reconoce un acto ilícito en la sección de la responsabilidad no mitigada. El incumplimiento como tal es tolerado (no se condena la acción)⁴⁴⁰ pero se debe reparar al inversionista en la sección de responsabilidad no mitigada reconociendo los elementos del ilícito para la compensación.⁴⁴¹ La incidencia en la compensación es entonces la misma que el argumento de la segunda sección de este capítulo. Donde las medidas no fueron apropiadas o equitativas, se halla un ilícito sobre el cual se debe compensar al inversionista.

Esta aproximación elimina el problema que tiene el inversionista si la ilicitud del acto es excluida. Al mitigar responsabilidad, la ilicitud del acto se mantiene. Sin embargo la responsabilidad se verá mitigada sobre las medidas que fueron apropiadas o equitativas. Esta idea tiene la ventaja de que mantiene abierta la posibilidad de que el inversionista presente un reclamo amparado en la cláusula arbitral del tratado en cuestión en relación a todos los actos tomados por el Estado y su caracterización bajo el TBI.

⁴³⁸ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*. ARB/02/1 (*Decisión Sobre Responsabilidad*) (Octubre 3, 2006), parr. 229.

⁴³⁹ *Ibid.*, parr. 264.

⁴⁴⁰ International Law Commission, *State Responsibility - Comments and observations received from Governments* (A/CN.4/488), 90.

⁴⁴¹ Ver, por ejemplo, el estándar de reparación contenida en International Law Commission, “Articles on Responsibility of States,” Art. 34.

Los problemas de las Caracterizaciones

Rogerson explica que incluso una división del esquema entre justificación y excusa no provee una respuesta que resulta totalmente satisfactoria en el contexto Estado-Inversionista. Estima que:

[T]he doctrine of necessity may in fact be neither. Corporations can invoke the protections of bankruptcy when in financial crisis, freezing whatever assets are left for reorganization or dissolution, and in most cases, many creditors are left with nothing despite contracts with all types of language to the contrary. Perhaps necessity, when applied correctly in the narrowest of circumstances, is neither a justification nor an excuse, but rather a remedy that acknowledges that a wrong occurred but holds that suspension of obligation is the only means available post-crisis to provide some creditors with some compensation and give the host country a "fresh start." When circumstance leads to injustice for all, the only way to proceed is to restore as much to as many as possible.

La visión de Rogerson recoge los problemas prácticos que posee el aplicar la doctrina de necesidad. Una crisis de la magnitud de la experimentada Argentina involucra una multitud de circunstancias, la colisión y desmantelamiento de los derechos tanto de los nacionales como de los inversionistas extranjeros. La elección entonces entre el sistema de excusa o necesidad debe adecuarse a la realidad del Estado con la determinación la compensación siendo afectada en base de estos dilemas.

Rogerson propone que una solución para la elección consiste en un “test de balance” o “descuento de necesidad”. Bajo esta noción, se tomarían las consideraciones políticas, sociales y económicas del Estado y se las coloca de un lado de la balanza. En el otro extremo, se analizan los riesgos asumidos por el inversionista en razón de su condición particular y el TBI.⁴⁴² De esto modo se obtiene un resultado en la compensación que examina los daños que hubieran sido causados sin necesidad y se descuentan de las consideraciones particulares de la urgencia de la situación. En razón de que si el tribunal recoge las particularidades de la urgencia dentro de la idea de excusa o justificación, se generará un resultado distinto en el *quantum*.

Ripinsky también opina que “the nature of the damage may also make a difference in choosing the appropriate approach”.⁴⁴³ El autor propone el ejemplo práctico sobre la naturaleza del daño: Si la necesidad lleva a la pérdida instantánea de toda la inversión, entonces la compensación (aunque parcial) podría ser apropiada para balancear las

⁴⁴² Sarah Hill Rogerson, “The ‘Necessity Defense’ and the Emerging Arbitral Conflict in Its Application to the U.S.-Argentina Bilateral Investment Treaty,” *SSRN eLibrary* (Summer 2007): 565, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1447953.

⁴⁴³ Ripinsky y Williams, *Damages in International Investment Law*, 351.

pérdidas entre el inversionista y el Estado.⁴⁴⁴ Para nuestro esquema de ilicitud con la defensa exitosa, esto supone que acciones más extremas (como la prohibición repentina y total de un tipo de actividad) deben verse bajo el marco de la excusa; de este modo, se abre la puerta a una mayor determinación de la compensación. Por otra parte, si las acciones del Estado guardan una relación más estrecha con la urgencia de la situación y no son tan extremas, el método a escoger sería la justificación. Esto, en razón de que la justificación permite al Estado aducir que nada de su incumplimiento es lícito y porque la figura deriva en un *quantum* menor de la compensación debida.

3.5. Conclusiones del Capítulo

Durante el transcurso del trabajo, se han demostrado constantemente los desafíos al determinar un régimen de compensación en base a la interacción del derecho de inversiones y el derecho consuetudinario. El establecer el particular régimen jurídico derivado de estas consideraciones será tarea del tribunal en el caso concreto y por tanto no es posible proponer una sola solución aplicable a todos los casos. Sin embargo, por medio de la revisión de la interacción se puede determinar varias situaciones.

En primer lugar, es necesario que el Tribunal analice la interacción en base al esquema “two-step”. Esta idea sugiere guardar una mayor relación con la intención de los Estados al redactar un TBI y también separa con cuidado los efectos en la compensación en base a los dos regímenes (licitud e ilicitud).

En segundo lugar, las consecuencias jurídicas dentro del esquema de ilicitud o licitud son muy variadas. En particular aquellas provenientes del Art. 27. Resulta ilusorio que el trabajo presente una respuesta concreta en base al régimen consuetudinario del Art. 27 si incluso décadas de trabajo en la CDI no lo lograron. Sin embargo, la caracterización de excusa o justificación, y su elección en razón de un test de razonabilidad pueden suponer herramientas muy útiles para establecer los diversos efectos en la compensación para un caso de inversiones.

Resulta importante, antes de escoger cualquier método, el colocar en la balanza las incidencias prácticas de los actos Estatales en relación a la crisis. Lastimosamente, los tribunales suelen perder el sentido de urgencia de las medidas dado que su revisión se

⁴⁴⁴ Ibid.

hace años después de ser tomadas.⁴⁴⁵ Aún siendo este el caso, el uso de un sistema de interacción con consecuencias particulares en razón de cada elección posee un valor importante. Este valor se halla en que las futuras decisiones de los tribunales, mediante un enfoque sistemático, devuelvan el sentido de legitimidad al sistema del CIADI y los TBIs que fue socavado por las contradicciones generados por casos como *CMS* y *LG&E*.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ Bjorklund, "Economic Security Defenses in International Investment Law," 487.

⁴⁴⁶ William W. Burke-White, "The Argentine Financial Crisis: State Liability Under BITs and the Legitimacy of the ICSID System," *SSRN eLibrary* (January 24, 2008): 2, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1088837.

CONCLUSIONES

Durante el curso del trabajo se han revisado las diversas implicaciones que posee la doctrina de necesidad en el derecho internacional. A pesar de que esta doctrina tiene implicaciones directas sobre la compensación, y aunque éste sea el enfoque principal del trabajo, el transcurso del mismo demuestra los diferentes matices de las consecuencias generadas por la doctrina.

La manera en que un Estado distribuye los riesgos en situaciones excepcionales tiene consecuencias importantes y de gran alcance para sí mismo, sus ciudadanos y para los inversionistas extranjeros involucrados en dicho Estado.⁴⁴⁷ Todas estas partes deben poder determinar sus relaciones bajo reglas claras en virtud del derecho internacional.⁴⁴⁸ De estas reglas claras surgen algunas consideraciones para estos actores.

Por parte del Estado, el análisis de las consecuencias de la doctrina de necesidad le provee de una herramienta muy útil para examinar las potenciales consecuencias internacionales de sus actos dentro del marco de una situación excepcional. Esto permite que el Estado desarrolle un margen de libertad de acción para proteger a sus intereses; el Estado llega a conocer los límites de sus actos o las consecuencias de rebasar lo establecido. En razón a los sujetos privados dentro del Estado, el análisis de las consecuencias de la doctrina facilita la previsibilidad. De esto modo, los inversionistas pueden tomar estrategias que mitiguen el riesgo al momento de establecer sus actividades y también saber qué consecuencias pueden derivarse de la situación de urgencia para su escenario particular.

Bajo esta noción, la pregunta central del trabajo no es sino otra herramienta para caracterizar las acciones del Estado y brindarle previsibilidad al inversionista. Por este motivo, el presente trabajo se ha propuesto explorar los términos, figuras, práctica y consecuencias derivadas de las figuras en él contenidas y así lograr una mayor claridad doctrinaria respecto de la doctrina de necesidad.

El Capítulo I recogió como la doctrina de necesidad se halla profundamente cimentada en el pensamiento jurídico tanto contemporáneo como en el trayecto histórico de esta esfera del derecho internacional. El estado de necesidad surge como

⁴⁴⁷ Burke-White and Staden, "Investment Protection in Extraordinary Times," 209.

⁴⁴⁸ Ibid., 409.

expresión más clara de la doctrina; una expresión con elementos particulares que deben ser cumplidos con estricto rigor para que un Estado descansa su defensa en la figura. El análisis del Art. 25 del Proyecto de la CDI es de vital importancia para la interpretación correcta de esta forma jurídica y su diferenciación con otras representaciones que recogen la doctrina de necesidad en el derecho internacional.

El segundo Capítulo de este trabajo buscó explorar las *Non-Precluded Measures* como otro modo en que los Estados han incorporado la doctrina de necesidad; esta vez, desde la óptica particular de los TBIs en las relaciones Estado-inversionista. Al considerar a las *NPM* se evidenció su profundo desarrollo histórico y características que la diferencian del estado de necesidad. Las *NPM* emergieron entonces como figuras autónomas que requieren su propia disciplina de interpretación. De este modo, su importancia es vital para determinar el primer espacio de actividad del Estado; la ilicitud o la ilicitud de sus actos.

Finalmente, el último Capítulo del trabajo propuso el análisis al que se enfrentaron los tribunales en los casos Argentinos ante el foro del CIADI. Las opiniones de los diversos comités de anulación y de las decisiones más actuales demuestran el camino que se está trazando en torno a la interacción de las dos figuras. Así, bajo varios argumentos, se ha explorado como el esquema “two-step” resulta la alternativa más práctica y certera para determinar la relación entre las *NPM* y el estado de necesidad. De este análisis, he intentado proponer una representación posible de las consecuencias jurídicas, particularmente en la compensación, de la interacción entre los dos regímenes. Así, el mirar al TBI primero determina la existencia o no de ilicitud para luego pasar al estado de necesidad en el derecho consuetudinario. Dentro del esquema “two-step”, la sección final del Capítulo III se ocupó de esbozar las diferentes consecuencias jurídicas en la compensación bajo un marco más específico; la licitud e ilicitud.

Las consideraciones propuestas en este trabajo no pretenden demostrar, sin lugar a duda alguna, los caminos dispuestos para compensar o trazar con claridad absoluta el margen de libertad del Estado. Sin embargo, un esquema acorde al derecho internacional supone evitar el uso de “atajos interpretativos o la invocación inapropiada de doctrinas de otras áreas del derecho internacional”.⁴⁴⁹ El efecto es, entonces, que se torna necesario recurrir a un enfoque sistemático ya que disminuye la probabilidad de

⁴⁴⁹ Ibid., 410.

decisiones dramáticamente opuestas como sucedió en los casos de *CMS* y *LG&E*. Así, la legitimidad del sistema Estado-inversionista se verá renovada ante las decisiones futuras que sin duda enfrentarán a los órganos de adjudicación ante la pregunta central de este trabajo.

El futuro de la doctrina de necesidad tanto en el contexto de Estado-inversionista como en el derecho internacional consuetudinario se reduce al de una normativa en evolución. Las preguntas específicas sobre la compensación y su constante debate son pruebas de este rumbo. Todos los actores de los contextos deben adaptarse a esta evolución. Así, los Estados deberán redactar tratados que indiquen a las partes la distribución de riesgo en las circunstancias excepcionales. Por otro lado, los tribunales arbitrales y órganos de adjudicación deberán desarrollar o adoptar sistemas de interpretación consistentes. Además, los inversionistas deberán estructurar sus actividades de acuerdo a las consideraciones establecidas tanto por Estados como por tribunales.

Si el derecho sobre la materia está en constante evolución, todos los actores involucrados con las relaciones económicas y jurídicas en circunstancias excepcionales deberán estar preparados para recoger los cambios posibles. Estos actores son parte de una comunidad mundial con rasgos particulares y muy diversos. Si no se comprende este hecho crucial se arriesga el interpretar equivocadamente el impacto del derecho en esta comunidad;⁴⁵⁰ y, por ende, colocar en duda la legitimidad de los sistemas como el CIADI en los que muchos de estos actores descansan sus expectativas.

⁴⁵⁰ Cassese, *International Law*, 3.

BIBLIOGRAFÍA

Textos y Reportes

- Advisory Committee on International Economic Policy. *Report of the Subcommittee on Investment of the Advisory Committee on International Economic Policy Regarding the Model Bilateral Investment Treaty*, Septiembre 30, 2009. <http://www.state.gov/e/eeb/rls/othr/2009/131098.htm>.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (A/RES/59/35)*. Resolución aprobada por la Asamblea General, Diciembre 2004.
- Bjorklund, Andrea K. "Economic Security Defenses in International Investment Law." *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*, 479-504. Oxford University Press, USA, 2009.
- . "Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure." *The Oxford Handbook of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008.
- Bottini, Gabriel. "Protection of Essential Interests in the BIT Era." *Investment Treaty Arbitration and International Law - Volume 1*. JurisNet, 2008.
- Burke-White, William W. "The Argentine Financial Crisis: State Liability Under BITs and the Legitimacy of the ICSID System." *SSRN eLibrary* (Enero 24, 2008). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1088837.
- Burke-White, William W., y Andreas Von Staden. "Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties." *SSRN eLibrary* (2007). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980107.
- Cassese, Antonio. *International Law*. 2da ed. Oxford University Press, USA, 2005.
- Clinton, William J. Letter. "Investment Treaty With Mongolia Message From The President Of The United States Transmitting (Letter of Transmittal)", Junio 26, 1995. <http://www.state.gov/documents/organization/43579.pdf>.
- Crawford, James. *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado: Introducción, texto y comentarios*. Librería-Editorial Dykinson, 2004.
- . "Revising the Draft Articles on State Responsibility." *SSRN eLibrary* (1999). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=803730.
- . *Second report on State responsibility Addendum 2 (A/CN.4/498/Add.2)*, Abril 30, 1999.
- . *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. 1st ed. Cambridge University Press, 2002.
- Dahl, Henry Saint. *McGraw-Hill's Spanish and English Legal Dictionary : Diccionario Juridico Ingles-Espanol*. 1ra ed. McGraw-Hill, 2003.
- Desierto, Diane Alferéz. "Necessity and Supplementary Means of Interpretation of Non-Precluded Measures in Bilateral Investment Treaties." *SSRN eLibrary* (2009). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1485550.
- Dijk, Pieter, Godefridus J. H. Hoof, G. J. H. van Hoof, y A. W. Heringa. *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. Fourth Edition. Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
- Ekkehard Regen. "Ordre Public", 2010. <http://www.ordrepUBLIC.de/english.php>.
- F.V. Garcia-Amador. *First Report on International Responsibility (A/CN.4/96)*. United Nations, Enero 20, 1956. <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>.

- . *Second Report on International Responsibility (A/CN.4/106)*. United Nations, Febrero 15, 1957. <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>.
- . *Third Report on International Responsibility (A/CN.4/111)*. United Nations, 1958. <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>.
- Forji, Amin George. "Drawing the Right Lessons from ICSID Jurisprudence on the Doctrine of Necessity." *SSRN eLibrary* (2011). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1768266.
- International Law Commission. *Report of the International Law Commission on the work of its twenty-second session (A/8010/Rev.1)*, May 4, 1970.
- . *State Responsibility - Comments and observations received from Governments (A/CN.4/488)*. United Nations, Marzo 25, 1998.
- . *State Responsibility - Comments and observations received from Governments (A/CN.4/492)*. United Nations, Febrero 10, 1999.
- . *Yearbook of the International Law Commission (A/CN.4/SER.A/1999) - 1999. Volume I. Summary records of the meetings of the fifty-first session 3 May-23 July 1999*. United Nations, 1999.
- "Is There a Need for the Necessity Defense for Investment Law - Panel Discussion." *Investment Treaty Arbitration and International Law - Volume 1*. JurisNet, 2008.
- Lowe, Vaughan. "Precluding Wrongfulness or Responsibility: A Plea for Excuses." *SSRN eLibrary* (n.d.). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=803727.
- Marboe, Irmgard. *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*. Oxford University Press, USA, 2009.
- McDougal, Myres S., y Harold D. Lasswell. "The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order." *The American Journal of International Law* 53, no. 1 (Enero 1, 1959): 1-29.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Derecho Internacional Público*. Quinta Edición. Bogotá: Temis, 2002.
- Moore, John Bassett. *History and digest of the international arbitrations to which the United States has been a party, together with appendices containing the treaties relating to such arbitrations, and historical legal notes*, 1898. <http://www.archive.org/details/historyanddiges02moorgoog>.
- Newcombe, Andrew, y Lluís Paradell. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Kluwer Law International, 2009.
- Reinisch, August. "Necessity in International Investment Arbitration—An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases?" *Journal Of World Investment And Trade* 8 (2007).
- . "The Future of Investment Arbitration." *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford University Press, USA, 2009.
- Ripinsky, Sergey, y Kevin Williams. *Damages in International Investment Law*. Camberley: British Institute of International and Comparative Law, 2008.
- Rivier, Alphonse. *Principes du droit des gens*. University of Michigan Library, 1896.
- Roberto Ago. *Addendum - Eighth report on State responsibility (A/CN.4/318/Add.5-7)*, 1980.
- Rogerson, Sarah Hill. "The 'Necessity Defense' and the Emerging Arbitral Conflict in Its Application to the U.S.-Argentina Bilateral Investment Treaty." *SSRN eLibrary* (Summer 2007). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1447953.
- Rosenstock, Robert. "The ILC and State Responsibility." *The American Journal of International Law* 96, no. 4 (Octubre 1, 2002): 792-797.

- Samples, Tim R. "Investment Arbitration and the Necessity Defense: Rulings and Application from Argentina and Of Silence and Defiance: A Case Study of the Argentine Press During the Proceso of 1976-1983". Graduate Thesis, Austin, Texas: The University of Texas at Austin, 2010.
- Schill, Stephan. "International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crises - Comment on the ICSID Decision in LG&E v. Argentina." *Journal of International Arbitration* 24, no. 3 (2007): 265-286.
- Schill, Stephan, and Robyn Briese. "'If the State Considers': Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement." *Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 13*. BRILL, 2009. law.anu.edu.au/ANZSIL/Conferences/2008/Robyn%20Briese.pdf.
- Secretariat ILC. "*Force majeure*" and "*Fortuitous event*" as circumstances precluding wrongfulness: *Survey of State practice, international judicial decisions and doctrine - study prepared by the Secretariat (A/CN.4/315)*, 1977.
- Sereni, A.P. *Diritto internazionale*. Vol. III. Milan: Giuffrè, 1962.
- Sir Gerald Fitzmaurice. *Fourth report on the Law of Treaties (A/CN.4/120)*, Marzo 17, 1959.
- Sorensen, Max. "Principes de droit international public." In *Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye*. Vol. 101. 1960-III. Leyden, Sijthoff, 1961.
- Staden, Andreas Von. "Towards Greater Doctrinal Clarity in Investor-State Arbitration: The CMS, Semptra, and Enron Annulment Decisions." *SSRN eLibrary* (2010). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1689872.
- Treitel, G. H. *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*. Oxford University Press, USA, 1988.
- Tuchman, Barbara Wertheim. *The Guns of August*. Random House Digital, Inc., 2004.
- U.S. Senate Foreign Relations Committee. *Executive Report 111-08: Investment Treaty with Rwanda*. Executive Report. U.S. Senate Foreign Relations Committee, Diciembre 22, 2010. <http://foreign.senate.gov/reports/download/?id=0fef3d7-63eb-4717-bb97-1eefafc10f84>.
- Yamada, Takuhei. "State of Necessity in International Law : A Study of International Judicial Cases". Kobe Gakuin University, 2005. www.law.kobegakuin.ac.jp/~jura/hogaku/34-4/34-4-04.pdf.

Jurisprudencia

- Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne/Royaume-Uni)* Reports of International Arbitral Awards Vol. II 615 (1925).
- Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Judgement on Merits)* I.C.J. Reports 1986, p. 14 (International Court of Justice 1986).
- Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair* Reports Of International Arbitral Awards Vol. XX 215 (1990).
- Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland) (Claim for Indemnity) (Jurisdiction)*, PCIJ, Ser. B., No. 3, 1925 (Permanent Court of International Justice 1927).
- Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland) (Claim for Indemnity) (Merits)*, PCIJ, Ser. B., No. 3, 1925 (Permanent Court of International Justice 1928).
- Case of Handyside v. The United Kingdom (Application no. 5493/72) (Judgment) (Diciembre 7, 1976)* (European Court of Human Rights 1976).

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic. ARB/01/8 (Decisión Del Comité Ad Hoc Sobre La Solicitud De Anulación De La República Argentina - Septiembre 25, 2007) (ICSID [W. Bank] 2007).

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic. ARB/01/8 (Laudo del Tribunal - Mayo 12, 2005) (ICSID [W. Bank] 2005).

Commission of Enquiry into the Incidents on the Frontier between Bulgaria and Greece. *Report of the Commission of Enquiry into the Incidents on the Frontier between Bulgaria and Greece*. League of Nations, 1926. League of Nations Official Journal, Año 7mo, No. 2 anexo 815.

Company General of the Orinoco Case Reports Of International Arbitral Awards Vol. X 184 (French-Venezuelan Claims Commission 1905).

Continental Casualty Company v. Argentine Republic . ARB/03/9(Award)(Septiembre 5, 2008) (ICSID [W. Bank] 2008).

Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic. ARB/01/3 (Decision on Annulment) (March 07, 2008) (ICSID [W. Bank] 2008).

Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic. ARB/01/3 (Laudo)(Mayo 22, 2007) (ICSID [W. Bank] 2007).

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) (Judgment) (International Court of Justice 1997).

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) (Public sitting held on Wednesday 5 March 1997, at 10 a.m.) (International Court of Justice 1997).

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) (Separate opinion of Judge Herczegh) (International Court of Justice 1997).

Korea - Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (WT/DS161/AB/R) (WT/DS169/AB/R) (WTO Appellate Body 2001).

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic. ARB/02/1 (Decisión Sobre Responsabilidad) (Octubre 3, 2006) (ICSID [W. Bank] 2006).

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic. ARB/02/1 (Laudo) (Julio 25, 2007) (ICSID [W. Bank] 2007).

M. Anzilotti. *Oscar Chinn (UK v. Belgium) (Separate Opinion by M. Anzilotti)*, PCIJ, Ser. AB., No. 63, 1934 (Permanent Court of International Justice 1934).

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) (Judgement on Merits) (International Court of Justice 2003).

Oscar Chinn (UK v. Belgium) (Judgement), PCIJ, Ser. AB., No. 63, 1934 (Permanent Court of International Justice 1934).

Russian Claim For Interest On Indemnities (Russia v. Turkey) (Award of the Tribunal) (Permanent Court of Arbitration 1912).

Sempra Energy International v. Argentine Republic. ARB/02/16 (Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award)(Junio 29, 2010) (ICSID [W. Bank] 2010).

Sempra Energy International v. Argentine Republic. ARB/02/16 (Laudo)(Septiembre 28, 2007) (ICSID [W. Bank] 2007).

Total S.A. v. Argentine Republic. ARB/04/1 (Decisión Sobre Responsabilidad) (Diciembre 27, 2010) (ICSID [W. Bank] 2010).

Plexo Normativo

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Angola for the Promotion and Protection of Investments, 2001.

Agreement Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments between the Federal Republic of Germany and Union of Soviet Socialist Republics (with Protocol), 1989.

Canada Model Foreign Investment Protection Agreement 2004, 2004.
<http://ita.law.uvic.ca/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>.

Carta de las Naciones Unidas, 1945. <http://www.un.org/es/documents/charter/>.

Convencion Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1969.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.
http://www.oas.org/XXXVGA/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf.

Convenio Entre La República Del Perú Y El Gobierno De La República De Bolivia Sobre Promocion Y Proteccion De Inversiones, 1993.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (El texto del Convenio se presenta tal y como ha sido modificado por las disposiciones del Protocolo n° 14 (STCE n° 194) a partir de su entrada en vigor el 1 de Junio de 2010), 2010.
http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf.

International Law Commission. “Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”. Naciones Unidas, 2001.

———. “Draft articles on state responsibility with commentaries thereto [Adopted by the international law commission On first reading]”, 1997.

———. “Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities”. Naciones Unidas, 2006.

Protocol to the Agreement between the People’s Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 2003.

Tratado De Amistad, Comercio Y Navegación Entre La Republica De Nicaragua Y Los Estados Unidos De América. Gaceta. Vol. 134, 1958.
<http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/0/e384cf02c85349880625735500690867?OpenDocument&Click=>.

Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 1991.

Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Panama Concerning the Treatment and Protection of Investments, 1991.

United States 2004 Model BIT, 2004. www.ustr.gov/sites/default/files/U.S.%20model%20BIT.pdf.